

“La colaboración particular y la crisis de la noción clásica del servicio público”

POR EL

DR. CARLOS MARTINEZ-ABARCA RUIZ-FUNES

CAPÍTULO I

ORIGEN DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

A) EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Siguiendo las ideas trazadas por Montesquieu en su *Esprit des Lois*, los modernos Estados aceptaron la fórmula de la separación de poderes.

En el Poder Ejecutivo adquiere singular relieve la Administración Pública. Pero la función a la misma atribuida no agota todas las posibilidades del Poder Ejecutivo en el que se integra también el Gobierno con facultades y funciones propias (1):

Frente a la categoría especial de asuntos a los que se reserva el nombre de *políticos* y cuyo desempeño corresponde al Gobierno, la Administración tiene por misión el realizar los fines del Estado y proveer a las necesidades colectivas de los ciudadanos, cuya satisfacción no puede lograrse convenientemente por la iniciativa privada, organizando, a tal fin, los servicios públicos, para mantener el orden y la prosperidad en la vida social.

La separación de poderes, sin embargo, no ha podido entenderse de un modo absoluto: Por lo que respecta a las relaciones de la Administra-

(1). Véase, en este sentido, Aucoc: *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, París, 1885; págs. 90 a 93.—SWARTZ: *Le Droit Administratif Américain*, París, 1952, págs. 10 a 14.—FRAGOLA: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1945, págs. 15 a 17.



ción con el Poder Legislativo, se considera, en cierto sector de la doctrina, a la autoridad administrativa subordinada a él; se dice que es función esencial del Poder Ejecutivo y, por ende, en cierto modo, de la Administración, ejecutar las decisiones del Poder Legislativo, en las que, al par que un límite, encuentra la fuente y la determinación de sus atribuciones.

Respecto del Poder Judicial, es más frecuente predicar su independencia frente a la autoridad administrativa y, sin embargo, aún desde este punto de vista, una separación absoluta de funciones podría resultar *excesiva y peligrosa*. En efecto:

No estaría justificado que toda la actividad desarrollada por la Administración quedase exenta de revisión o control jurisdiccional pues, si bien pudiera admitirse la separación de funciones cuando la Administración actúa con su autoridad mandando o defendiendo alguna cosa de interés general, resultaría *excesivo* mantenerla cuando la autoridad administrativa realice actos materiales como un simple particular en la gestión de sus negocios.

Por otra parte, podría resultar *peligrosa* una separación absoluta de funciones porque, al no existir más jurisdicción que la ordinaria, y proclamada la independencia absoluta de los distintos poderes públicos, los administrados carecerían de todo medio de defensa contra las arbitrariedades de los administradores (2).

Decía Sto. Tomás de Aquino (3) que un Gobierno es recto y justo cuando el Jefe de la Sociedad Política la gobierna en bien de la Comunidad; pero si en vez de consagrar su autoridad al Bien Común, se vale de ella para su interés particular, entonces su Gobierno será injusto y perverso.

Por ello, en los Estados modernos, con la separación de poderes se ha conseguido encauzar el Poder hacia el Bien Común. Se garantiza su realización mediante la creación de limitaciones, freno o control, al uso de la autoridad. Se limita el Poder, y ello equivale a la creación del *Poder Jurídico*, pues, en expresión de Jellinek (4), «*derecho no es sino fuerza jurídicamente limitada*».

La Administración Pública usa en su actuación del poder de imperio,

(2) Véase BERTHÉLEMY: *Traité Elementaire de Droit Administratif*. 9.^a Ed. París, 1920, pág. 20.

(3) STO. TOMÁS DE AQUINO: *De regime principum*. (Citado por Rey Villanova en *Elementos de Derecho Administrativo*, vol. I, Valladolid, 1955, pág. 323.

(4) Véase JELLINEK: *La dottrina Generale del Diritto dello Stato*. Milano, 1949, págs. 4 y 5; ALESSI: *Diritto Amministrativo*, Milano, 1949, vol. I, págs. 117 y 118; RIVERO: *Cours de Droit Administratif*. París, 1954-1955, págs. 99 y ss.

que ya no es considerado como un simple poder de hecho o potestad originaria, sino como un poder fundado en el Derecho objetivo.

La fuerza potencial del ente colectivo, pues, adquiere el carácter jurídico desde el momento que conviene en autolimitarse, limitación que surge, respecto del exterior, del Derecho Internacional, y que se encuentra, respecto del interior, en el Derecho del Estado que, en el orden administrativo, al par que favorece el fácil desenvolvimiento de la actividad pública, entraña la garantía y salvaguarda de los derechos de los particulares, permitiendo, así, abandonar toda idea de poder arbitrario.

Esta es, en síntesis, la fórmula del Estado de Derecho, aceptada por los modernos Estados al someter la actividad administrativa a la Ley y al control jurisdiccional (5).

Pero, ¿Qué Derecho y qué jueces son aquellos a cuya normativa y control queda sometida la actividad de la Administración?

La solución más sencilla dada a este problema la ofreció el tradicional sistema anglosajón, en el que sólo existe una clase de leyes y una sola especie de jurisdicción. En este sistema tradicional no existen *leyes administrativas* en el sentido del régimen continental europeo, ni existe una jurisdicción especial administrativa. Los agentes públicos, pues, quedan sometidos a la Ley común y al Juez ordinario (6).

Pero el condicionamiento jurídico de la actividad administrativa, que en Inglaterra venía siendo objeto de un sistema tradicional, en el Continente ha revestido los caracteres de innovación y, concretamente en Francia, de innovación revolucionaria.

Junto a la necesidad expuesta de implantar el Estado de Derecho, creando limitaciones jurídicas al desempeño de la autoridad pública, se mostró patente, del mismo modo, la necesidad de idear un sistema, un régimen jurídico especial, al margen del Derecho Común.

Esta separación tiene su fundamento en el hecho de que el sistema del Derecho Privado parte de la igualdad de los individuos y está concebido para equilibrar los intereses igualmente legítimos de los particulares. Por el contrario, en las relaciones en que ha de intervenir la Administración, se presenta ésta investida de su Soberanía y hace uso de la autoridad para realizar tareas distintas de las que incumben a los particulares, pues así como éstos actúan en defensa de sus intereses privados, la Administración debe proveer a la realización del interés general.

(5) Véase: ALESSI: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 118; LAUBADERE: *Droit Administratif*. París, 1957, pág. 25.

(6) Vid. SWARTZ: *Le Droit Administratif Americain*, loc. cit., págs. 35 a 51; ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 23 a 26; GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, vol. I, pág. 40.

El interés particular debe ceder ante el interés general, y en virtud de este principio, se explica la necesidad de mantener a la Administración en el uso de ciertas prerrogativas frente a los administrados, las cuales, según Bonnard (7), son, en síntesis:

a) *El poder jurídico unilateral*, según el cual, la Administración puede producir un efecto de derecho por su sola voluntad, sin necesidad de obtener el consentimiento de aquel a quien obliga, al margen de todo acuerdo convencional.

b) *El privilegio «du préalable» y de ejecución de oficio*, que consiste en que el Estado puede ejecutar su voluntad unilateral aun contra las oposiciones de los administrados, sin necesidad de tener que acudir a la autoridad judicial. Y

c) *La fuerza («contrainte») material*, en virtud de la cual, puede el Estado usar de la fuerza pública frente a los particulares a fin de vencer las resistencias que se opongan a sus ejecuciones.

El mantenimiento necesario de estos privilegios, explica, por sí mismo, la inaplicación del Derecho Común a las relaciones de la Administración Pública y, por ende, la necesidad de un derecho y jurisdicción especiales (8).

Tal es el fundamento racional del *régimen administrativo*, en cuyo estudio, fundamentación y aplicación, ocupa la doctrina francesa un lugar preeminente.

Surgió en Francia la necesidad del régimen administrativo a raíz de la centralización política y subsiguientemente a ésta se realizó la centralización administrativa, asumiendo el Estado la empresa de los servicios públicos (9).

Hauriou (10) explica la existencia del *régimen administrativo* por la concurrencia de dos móviles fundamentales:

1.º Que la noción de empresa centralizada lleva aparejada la idea de *responsabilidad*, cuyo contenido es esencialmente jurídico.

(7) BONNARD: *Précis de Droit Public*. París, 1946, pág. 2.

(8) Véase HAURIOU: *Précis de Droit Administratif*. París, 1921, págs. 1 a 6.—TROTABAS: *Manuel de Droit public*. París, 1948, pág. 68; LAUBADERE: *Traité Elementaire de Droit Administratif*, loc. cit., pág. 25; BUTTGENBACH: *Principes Généraux d'organisation et moyens d'action des Administrations Publiques*. Bruxelles, 1954, págs. 4 a 7; MAYER: *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, 1949, t. I, págs. 79 a 81; FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid. Ed. Labor, 1933, págs. 34 y 35; GASCÓN Y MARÍN: *Tratado...*, loc. cit., página 39; ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 22.

(9) Véase HAURIOU: *Précis de Droit Administratif*, loc. cit., págs. 2 y siguientes.—Abundando la misma idea, JORDANA DE POZAS ha publicado en la Revista de Estudios Políticos (1941-1942) dos artículos en los que pone de manifiesto cómo el principio de unidad política constituye la base de la unidad administrativa.

(10) Vid. HAURIOU: loc. cit., pág. 4.

2.º Que la realización de tal empresa lleva consigo la necesidad de una organización adecuada de los *cuerpos intermediarios* gestores de la función administrativa. En su consecuencia, atribuye al *régimen administrativo* las siguientes notas esenciales:

a) La *responsabilidad* de los funcionarios se garantiza con la *responsabilidad* de la Administración, ya que la empresa administrativa está gestionada por cuerpos y no por individuos.

b) Se establece una *separación de leyes*: Las de derecho privado, que se aplican a los ciudadanos bajo su propia responsabilidad, y las de derecho público, sobre todo, aquellas para cuya ejecución se organizan servicios públicos, que no se aplican más que por los cuerpos administrativos y bajo su responsabilidad. Y

c) Una *separación de jurisdicciones*: El Juez ordinario para lo contencioso de la vida ordinaria, y el Juez administrativo para lo contencioso de la vida pública (11).

B) FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

El hecho expuesto de que, al margen del Derecho Común, haya sido creado un régimen jurídico especial, ha promovido, desde un principio, el problema de determinar los límites de aplicación de las normas concernientes a cada uno de estos dos regímenes.

¿Qué relaciones o asuntos han de regirse por el Derecho Administrativo y han de quedar sometidos a la jurisdicción especial, y cuáles, por el contrario, corresponden a la normativa y control del Derecho Común y la jurisdicción ordinaria?

Desde sus comienzos, se advierte en el Derecho Administrativo la trascendencia de este problema y, en la doctrina, el acuciante deseo de encontrar una solución satisfactoria al mismo: Hallar en el régimen administrativo un fundamento, una idea esencial que permita descubrir, en su proyección externa, un *criterio* merced al cual sea posible determinar, en cada caso, el derecho aplicable y la jurisdicción competente.

En este punto, desde el siglo XIX a nuestros días, los principios han sufrido una evolución siguiendo las transformaciones profundas que se han operado en la vida administrativa.

Dos ideas han sido retenidas, sucesivamente, como fundamento y criterio de aplicación del régimen administrativo: La idea de *Soberanía* y la noción de *Servicio Público*.

(11) Vid. HAUBOURT: loc. cit., págs. 13 a 35; RIVERO: *Cours de Droit Administratif Comparé*, loc. cit., págs. 97 a 129; ROYO VILLANOVA: *Elementos...*, loc. cit., pág. 23.

a) *La idea de soberanía como fundamento del régimen administrativo.*

Durante más de un siglo, acabada la Revolución Francesa, el sistema de Derecho Público se mantuvo en Francia sobre el fundamento de la idea de Soberanía del Estado. Y así fundamentado el régimen administrativo, se justifica la intervención en el sentido de que, con ella, el Estado ejercitaba un derecho o una potestad, originaria de la Nación organizada, frente a la cual no podía prevalecer la oposición del individuo.

Por otra parte, el individuo, haciendo gala de su condición de ciudadano—partícipe de la soberanía—colocó frente al Estado una barrera a su intervención, consistente en la idea del derecho natural, inalienable e imprescriptible, que el Estado debía reconocer y cuyo respeto se impuso como un límite a su actuación (12).

Es consecuencia de este sistema subjetivista, mantenido durante mucho tiempo casi con la pretensión de dogma inmutable, que el Estado ejerce un poder soberano, limitado por los derechos naturales del individuo, y que debe ejercer la Soberanía en defensa de estos derechos, sin limitarlos más allá de lo que exija la protección de los derechos de todos, organizado y haciendo funcionar, a tal fin, los servicios de *guerra, policía y justicia* (13).

En esta idea de que el régimen administrativo había de tener por fundamento el ejercicio del poder de Soberanía, limitado a una parcela de actuación pública de límites definidos, se encontró bien pronto un criterio que permitió determinar los límites de aplicación del derecho y la jurisdicción administrativos, en la llamada teoría de los actos de la Administración, que iniciada por Merlin (14) y Locré (15) y desarrollada posteriormente en el siglo XIX por Aucoc, Batbie, Ducroq, etc., alcanzó en Laferrière su más ardiente defensor con los que él llamó *actos de autoridad y actos de gestión* (16).

Se daba la denominación de *actos de autoridad* a aquellos en que intervenía la Administración dotada de su poder soberano, actividad de poder público que se manifestaba por medio de órdenes o reglamentaciones unilaterales, o cualquier otra forma que implicara expresión de voluntad impositiva; esta actividad, se consideraba regida por el Derecho

(12) Vid. DUCOUR: *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid, 1926. Trad. de A. Posada, pág. 41.

(13) Vid. DUCOUR: loc. cit., págs. 49 a 64.

(14) *Questions de Droit*. En *Pouvoir Judiciaire*, 1829, VI, pág. 306.

(15) *Législation et jurisprudence française*. París, 1810, pág. 166.

(16) Véase BERTHELEMY: *Traité Elementaire de Droit Administratif*. 5.ª Ed. 1908, págs. 18 y 43.

Administrativo y correspondía su conocimiento a la jurisdicción administrativa.

Se reservaba la denominación de *actos de gestión* a aquellos en que la Administración se comporta como pudiera hacerlo un particular en la gestión de su patrimonio, en plano de igualdad con los administrados. Estos actos quedaban sometidos a las normas del Derecho Privado y a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, totalmente al margen del régimen administrativo (17).

b) Régimen administrativo y servicio público

En la segunda mitad del siglo XIX se inicia una honda transformación económica que afecta grandemente todos los órdenes de la vida social, de tal naturaleza, que el sistema jurídico rígido y metafísico, nacido de la Revolución Francesa, fundado en el dogma de la Soberanía, queda desbordado.

Se atribuye a Duguit (*Las transformaciones del Derecho Público*) el mérito de haber sabido exponer, por vez primera, las causas de tan honda transformación. La idea de Soberanía—dice este autor—se compaginaba perfectamente con el Estado liberal. El sistema, fundado en la máxima del *«laissez faire»*, de protección a la libertad individual, era compatible con la escasa intervención del poder, referida tan sólo a los tres servicios esenciales (Guerra, Policía y Justicia), ya que, obrando de este modo (defensa contra el enemigo del exterior y sostenimiento del orden en el territorio), el Estado sirve sus propios intereses, por cuanto el cumplimiento de esos fines supone el logro de la integridad política, y responde, en definitiva, al sentido de una potestad soberana que debe ser mantenida. Por ello se explica que la Soberanía constituya el fundamento de su régimen jurídico.

Pero, frente al sentido individualista del régimen liberal nacido de la Revolución Francesa, observa Duguit cómo se destaca la importancia de la *solidaridad* como principio rector de los intereses colectivos: «A consecuencia de los descubrimientos científicos y de los progresos industriales —dice este autor—, las relaciones entre los hombres han llegado a ser tan complejas, tan íntima la interdependencia social, que el sólo hecho de que algunos no cumplan con su propio cometido, reacciona sobre todos los demás. Por esto—sigue diciendo—, no sólo se pide a los gobernantes que aseguren los servicios de guerra, policía y justicia, sino tam-

(17) Vid. BONNARD: loc. cit., pág. 114; MAYER: loc. cit., págs. 67 a 76; A. GENDIN: *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, págs. 41 a 45; FRACOLA: loc. cit., pág. 165; BODDA: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, Torino, 1949, págs. 87 a 99; ALESSI, loc. cit., páginas 161 a 181, etc.



bién que organicen y hagan funcionar toda una serie de servicios industriales, y que impidan que éstos se interrumpan un solo instante» (18).

Al extender el Estado los límites de su intervención fuera de los tres servicios esenciales, necesariamente se produce daño en la esfera de acción de la libertad individual. Por ello, ya no es posible justificar esa intervención en la idea de Soberanía, puesto que se ejerce sobre una parcela reservada en la que el individuo, *ciudadano* (participe de la soberanía), ostenta unos derechos previamente reconocidos.

Y si, junto a la extensión de sus atribuciones, la idea de responsabilidad se ha extendido paralelamente y el Estado, por consiguiente, deviene en la obligación de justificarse ante la Sociedad, es evidente que no sería acertado explicar la acción administrativa como el ejercicio de un derecho, pues más bien se muestra como el cumplimiento de una obligación por parte del Estado.

De esta suerte, la Soberanía deja de ser fundamento del régimen administrativo y la clasificación de los actos de autoridad y de gestión, en ella fundada, pierde paulatinamente su valor y queda anticuada (19).

En algunos autores contemporáneos de Duguit, parecía haberse intuído esta transformación. En tal sentido, Hauriou (20) expresó que el poder del Estado es un poder de empresa antes de ser un poder de dominación. Este poder de dominación, al no ser originario, está supeditado a la función de crear y proteger las situaciones establecidas. «Con harta frecuencia —dice— se considera el poder bajo la forma simplificada del mando y la coacción, sin preocuparse de su función» (21).

(18) Vid. DUGUIT: *Las Transformaciones...*, loc. cit., pág. 46.

(19) Vid. DUGUIT: loc. cit., págs. 223 a 225: Expone cómo la extensión de las atribuciones del Estado, ha mostrado, de una parte, la posibilidad de que la Administración actúe conforme al Derecho Público en asuntos reservados a la iniciativa particular, y, de otra, que a la Administración no le es dado nunca obrar como un particular.

(20) Loc. cit., pág. 2.

(21) «El poder tiene, sin duda, una función propia, que es la de crear el orden, la estabilidad... Esta función la cumple mejor o peor, pero cuando la cumple correctamente, es legítima» (HAURIOU: *Principes de Droit Public.*, París, 1910, págs. 78 y 79).

RIVERO, en un reciente artículo (*Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, en *Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, París, 1956, págs. 461 y ss.) recaba para Hauriou el título de iniciador de la teoría del servicio público, cuyo origen remonta a las conclusiones Romieu del «arrêt Terrier» del Consejo de Estado francés de 1903, del que fué inspirador el ilustre juriconsulto, y niega que tal origen fuera, como la mayoría ha pretendido, el «arrêt Blanco» de 1873. «El padre doctrinal del arrêt Terriers—dice—, el primer maestro del servicio público, es el mismo Hauriou, quien tiene el mérito, a su vez, de haber sido el primero que reaccionó contra la escuela del servicio público... El decano de Toulouse, es el saturno del servicio público. Es su criatura, llamada por él a la vida jurídica, lo que él mismo ha devorado».

Igualmente, Berthélemy, ve, en lo que llama poder soberano, una función y no un derecho subjetivo de mando; elimina la noción de poder como derecho subjetivo, otorgándole el sentido de una función que se impone a los gobernantes, quedando éstos responsabilizados frente a los gobernados (22).

Esta referencia constante a una función que se impone a los gobernantes, de la que el poder de mando es sólo un medio para mejor realizarla, lleva a Duguit a la conclusión de que dicha función, en el fondo, no es otra cosa que el *servicio público* (23).

Y así ha sido que, ante el espectáculo de la gran empresa administrativa integrada por multitud de servicios encaminados a realizar los fines del Estado, y patente la honda impresión que la teoría realista de Duguit produjo en los medios científicos, un gran núcleo de escritores invoca el servicio público como fundamento del régimen administrativo (24).

Si el servicio público y la inexcusabilidad de su funcionamiento ininterrumpido determinan la necesidad de poderes especiales a favor de las personas administrativas, es perfectamente concebible que se intente construir todo un sistema de derecho con la finalidad de limitar los poderes de esas personas y encauzarlos a la satisfacción de los fines sociales que, por medio de los servicios públicos, les incumbe realizar (25).

De esta suerte, toda una escuela, en la que ocupa un lugar preeminente la obra de Gastón Jéze (26), concibe el Derecho Administrativo como el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento de

(22) «Es un gran error, ver, en el uso del poder un ejercicio de un derecho. Los funcionarios que mandan no ejercen los derechos del soberano; ejercen funciones cuyo conjunto, si se quiere, constituye el poder soberano». (BERTHELEMY): loc. cit., pág. 45).

(23) Vid. DUGUIT: loc. cit., págs. 93 y 94.

(24) Véase: GEORGIN: *Cours de Droit Administratif*, París, 1951, vol. I, pág. 5; BUTGENBACH: *Principes généraux*, loc. cit., págs. 50 a 53; WIGNY: *Droit Administratif*, Bruxelles, 1953, págs. 17 a 31; FRAGA: *Derecho Administrativo*, México, 1944, pág. 20; OLIVAN: *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, 1954, pág. 79; GASCÓN Y MARÍN: *Tratado*, loc. cit., págs. 36 y 37; GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, págs. 19 a 21; ROYO VILLANOVA: *Elementos*, loc. cit., pág. 865.

(25) Vid. GARCÍA OVIEDO: loc. cit., pág. 20.

(26) Según JEZE, el servicio público es la piedra angular del Derecho Administrativo. «Decir que hay servicio público... significa que los agentes del servicio pueden emplear los procedimientos especiales del Derecho público»... «Los juristas indagarán si la tarea de que se ocupa la Administración constituye un servicio público, en cuyo caso, se aplicarán las reglas especiales del Derecho público»... (Véase *La notion de service public*, 1930; y sus *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949, especialmente el vol. II-1).

Según MORANGE, gravitan alrededor del servicio público las teorías esenciales del derecho administrativo. El servicio público las justifica y delimita su campo de aplicación, y gracias a él se produce una síntesis unitaria de los elementos del régimen jurídico de la Administración. (Véase MORANGE: *Le declin de la notion juridique de service public*, Dalloz, 1947, pág. 40).

los servicios públicos. Al propio tiempo se justifica la existencia de la jurisdicción administrativa porque existe un derecho especial a aplicar.

Y así, *Derecho Administrativo, Jurisdicción Administrativa y Servicio Público*, son los elementos interdependientes cuya armonía constituye la esencia del régimen administrativo (27).

(27). Expresa LAUBADERE que «la existencia de un derecho administrativo y una jurisdicción administrativa, son los elementos originales del sistema francés. Pero conviene unirles una tercera noción: La del servicio público, no sólo porque constituye una construcción propia del derecho francés, sino porque está ligado con los otros por relaciones y, así, se completa el concepto del régimen administrativo» (LAUBADERE: *Manuel de Droit Administratif*, París, 1951, pág 14).

CAPÍTULO II

EL SERVICIO PÚBLICO

I.—Su fundamento

En una primera fase del proceso histórico de la Administración, el *Servicio Público*, en su significado jurídico formal, no existió. Sin embargo, el «substratum» material de esa noción, la idea de *servicio prestado al público*, es de todos los tiempos y no puede afirmarse que haya nacido en la sociedad política en un momento determinado. La idea de servicio público, entendida en ese sentido material, ha permanecido siempre en todos los Estados como una constante más o menos desarrollada, como un germen susceptible de desarrollo.

Por ello, en principio, nos expresaríamos mal si habláramos de tal o cual servicio público. Conduce a error, por ejemplo, decir que los transportes o la telecomunicación son servicios públicos, cuando, en realidad, sólo son manifestaciones de la idea *servicio público*. Cualquier diferencia que se advierta en la organización de unos y otros, o en sus formas de gestión, será origen de confusiones de las que el servicio público siempre habrá de salir malparado y empequeñecido, como un concepto voluble y tornadizo, difícil de precisar.

El servicio público existe siempre en toda Administración Pública, y si, en un momento determinado, ha podido carecer de marco de aplicación concreto, ha debido ser considerado, potencialmente, como una expectativa.

Es perfectamente explicable que existan diferencias fundamentales, por ejemplo, entre el servicio del Registro Civil y el de distribución de la electricidad, y que, sin embargo, sean manifestación o expresión concreta del servicio público. La distinta naturaleza de uno y otro abona la ne-

cesidad de esas diferencias formales. El servicio público necesita amoldarse a las exigencias formuladas por la propia naturaleza de la actividad o función que ha de realizar.

¿No expresaba Duguit que la noción de soberanía era sustituida por la de servicio público como fundamento del Derecho público? Unicamente reconociendo al servicio público ese carácter abstracto y elevado, fruto de una existencia perenne, independiente de toda concreción real, puede admitirse la realidad de esa fundamental trascendencia que se le asigna en la moderna teoría del Estado, debida al progresivo incremento de las incumbencias públicas.

En este sentido genérico, el servicio público tiende a la realización de los fines del Estado. Se convierte así en «*materia de Estado*» y su fundamento, por tanto, debe encontrarse en la misma razón de existencia de la Sociedad Política: En la interdependencia social.

La necesidad de organizar la vida social y dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas, que se manifiestan en exigencias de toda índole, económicas, religiosas, jurídicas, etc., frutos todas de la interdependencia social, impone en ocasiones la intervención de un poder extraño, al servicio de la necesidad sentida y no satisfecha.

Al Estado, debido a su posición de privilegio, corresponde asumir tal función, contribuyendo a ella con la aportación, conservación y perfeccionamiento del medio adecuado que, en esencia, lo constituye el servicio público (1).

II.—Definición del servicio público

En atención a lo expuesto, nos interesa destacar en la definición del servicio público la existencia de dos aspectos, material y formal, que, aun perfectamente diferenciados, se manifiestan necesariamente unidos en una sola realidad. Son como las dos caras de una misma moneda.

El mismo enunciado, la expresión *servicio-público*, constituye una prodigiosa síntesis de la concurrencia de estos dos elementos, material (servicio) y formal (público) a que hemos aludido.

En cuanto al elemento material de la noción de servicio público, las

(1) En este sentido, expresa Posada, que «el servicio público tiene su fundamento en la idea del Derecho y en cuanto el Estado es sujeto de prestaciones en relación con las necesidades comunes públicas, o bien, en las exigencias de la interdependencia social que obliga a los gobernantes a desarrollar esta o aquella actividad so pena de provocar o consentir el desorden social». (Vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1923, págs. 272 y ss.).

definiciones aportadas por la doctrina, lo reconocen con criterio unánime, que desarrollan mediante una problemática general referente a los fines del servicio.

Sin embargo, en orden al reconocimiento y trato del elemento formal, observamos en dichas definiciones disparidad de criterios:

Hay autores, como Alessi (2), Bielsa (3), Royo Villanova (4), etc., que definen el servicio público con un sentido amplísimo, refiriéndose tan sólo a los fines que realiza (elemento material), sin aludir para nada al carácter público del servicio, elemento éste, formal, del que no se debe prescindir. Y así, cuando se expresa que servicio público es «la organización de todos aquellos elementos y actividades que trascienden de la esfera de los intereses privados y que afectan a las necesidades y conveniencias de la colectividad» (5), no se establece ningún signo que permita distinguir el servicio público de una empresa privada dedicada a realizar los mismos fines.

Otros autores, por el contrario (Jéze (6), Duguit (7), Hauriou (8), Bonnard (9), Gascón y Marín (10), García Oviedo (11), A. Gendín (12), etc.) no sólo no olvidan el elemento público formal en sus definiciones del servicio público, sino que asignan a éste un contenido marcadamente formalista. Hacen especial hincapié en el hecho de que el servicio público debe revestir en su organización y funcionamiento unas formas jurídicas públicas predeterminadas y, a tal fin, construyen la teoría de un *régimen jurídico especial de los servicios públicos*, de la que nos ocuparemos en capítulos sucesivos (13).

Finalmente, entre esas dos tendencias opuestas, ya reseñadas, existe un tercer grupo de autores que, en sus definiciones, trazan una solución intermedia con criterio que ha sido denominado *funcional*. Se integran

(2) *Diritto Amministrativo*, Milano, 1949, vol. I). Define el servicio público como actividad tendente a satisfacer fines de utilidad pública a los ciudadanos.

(3) *Ciencia de la Administración*. Buenos Aires, 1955, pág. 87). Define el servicio público como «actividad pública o privada, regulada por la Ley, con objeto de satisfacer en forma más o menos continua, necesidades colectivas».

(4) *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1955, vol. I.

(5) Vid. ROYO VILLANOVA: loc. cit., pág. 321.

(6) Vid. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1949, vol. II-1.

(7) *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid, 1926. Trad. de A. Posada, pág. 105.

(8) *Précis de Droit Administratif*. Paris, 1921, pág. 25.

(9) *Précis de Droit Public*. Paris, 1946, pág. 183.

(10) *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1955, vol. I, pág. 288.

(11) *Derecho Administrativo*. Madrid, 1955, vol. I, pág. 227.

(12) *Manual de Derecho Administrativo*. Zaragoza, 1941, pág. 50.

(13) Así, por ejemplo, Jéze dice que servicio público, es la ordenación (aménagement: personal, material) que supone el empleo del procedimiento de servicio público.

en este grupo Waline (14), Laubadère (15), Georgín (16), Albi (17), Fábregas del Pilar (18), etc.

La singularidad de este criterio funcional, al que nos adherimos, reside en que, junto al reconocimiento de un contenido material del servicio público, destaca asimismo la importancia del elemento *público formal*, pero sin aventurarse a señalar la necesidad de unas formas jurídicas pre-determinadas. Examina más la función o cometido del servicio público que la forma asumida por el mismo.

Con este criterio expresa Waline (19) que «hay servicio público cuando las autoridades competentes estiman que la iniciativa privada no realiza, o no puede realizar en condiciones satisfactorias cierta tarea, y *decide asumirla por sí* porque le parece de utilidad pública».

Esta definición, que desarrolla los dos aspectos fundamentales—material y formal— que encierra la noción de servicio público, plantea, en primer lugar, una problemática general sobre los fines del servicio y, en segundo término, lo concerniente al aspecto jurídico formal, que resuelve de un modo general, refiriéndose a la intervención de las autoridades competentes.

Siguiendo la línea de este criterio funcional, y con vistas al estudio que vamos a realizar, definiremos el servicio público como

«*Actividad que tiende a satisfacer necesidades colectivas, en cuya satisfacción se manifiesta un interés público, que garantiza el Estado su-
pliendo una iniciativa privada defectuosa*» (20).

¿Qué actividades pueden ser objeto de servicio público, qué debe entenderse por iniciativa privada defectuosa, cómo se manifiesta la existencia de una garantía pública?

(14) *Droit Administratif*. 5.ª Ed. París Sirey, 1950.

(15) *Droit Administratif*, París, 1957, págs. 534 y 535.

(16) *Cours de Droit Administratif*, París, 1954, vol. I, págs. 99 a 104.

(17) *Los modos de gestión de los servicios públicos municipales*. En Revista de Estudios de la Vida Local, 1947, pág. 643.

(18) *Móviles y formas de ejecución de los servicios públicos*. Madrid, 1954, pág. 18.

(19) WALINE: *Droit Administratif*. 5.ª Ed. París Sirey, 1950.

Este sentido marcadamente funcional de la noción, no se advierte en las anteriores definiciones del autor, y así, en su edición de 1946, decía que «hay servicio público cuando una colectividad administrativa, estimando que la iniciativa individual no provee convenientemente a una tarea de necesidad o utilidad pública, ha decidido realizarla mediante una empresa, gestionada, ya directamente por ella, a sus riesgos y peligros, ya bajo su control, asumiendo los riesgos un tercero, quedando en más o en menos sometida a un régimen exorbitante del derecho común».

(20) En parecido sentido, ALBI, dice que hay servicio público municipal siempre que se den dos condiciones: 1.ª Que tienda a satisfacer necesidades del vecindario. Y 2.ª Que exista un control jurídico y técnico de la Entidad Municipal» (loc. cit., pág. 643).

Estos son, en síntesis, los supuestos fundamentales que han de ser objeto de nuestro estudio.

A) LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN CUANTO A LA IDEA DE SERVICIO

Desde este punto de vista, hemos definido el servicio público como actividad que tiende a satisfacer necesidades colectivas, en la cual, se manifiesta un interés público, insatisfecho por defecto de la iniciativa privada.

Qué sea necesidad pública, qué el interés público y por qué se exige la existencia de una iniciativa privada defectuosa, son los aspectos más salientes del contenido material del servicio público, que vamos a examinar.

a) Necesidad pública

Existe, en primer lugar, un límite a las actividades que pueden servir de soporte al servicio público: Dicho límite se encuentra en la idea de necesidad pública, y, en este sentido, es frecuente que los autores califiquen como actividad de servicio público aquella que tiende a satisfacer necesidades públicas (21).

Pero, aun en apariencia sencillo, el concepto de necesidad pública impone que nos detengamos un poco acerca de él, precisamente por la vaguedad que se desprende de su aparente sencillez.

Según Gide (22) «la necesidad es de origen fisiológico; consiste en la sensación de que le falta algo al organismo y en el apetito de lo que le falta». Es, pues, la necesidad, un sentimiento de base estrictamente subjetiva. Es la falta que se siente de algo, responde a la idea de una apatencia que requiere una satisfacción adecuada.

En cuanto a qué debe entenderse por necesidad pública, está bastante generalizada la opinión de que necesidad pública equivale a necesidad colectiva, necesidad que, aun sentida por el individuo, no alcanza la plenitud de su intensidad sino en el espíritu de la colectividad social (23).

(21) Así lo estiman, entre otros, GASCÓN Y MARÍN, GARCÍA OVIEDO, JORDANA DE POZAS, BIELSA, WIGNY, GASPARRI, LENTINI, etc.

(22) *Curso de Economía Política*. 3.^a Ed. París-México, 1920, pág. 39.

(23) «La necesidad de los productos de interés privado—dice L. WALRAS—, es sentida por los individuos. La necesidad de los productos o servicios de interés público, sólo es sentida en toda su extensión por la comunidad o el Estado». (Citado por GARCÍA OVIEDO en *Teoría del Servicio Público*. Ed. Reus. Madrid, 1923, pág. 23). En este mismo sentido, se pronuncian, entre otros, JORDANA DE POZAS: (*Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, pág. 141); BIELSA: (*Ciencia de la Administración*, Buenos Aires, 1955, pág. 92), etc.

Necesidad pública, o necesidad colectiva, es, pues, aquella necesidad que es común a un sector más o menos extenso dentro de la colectividad.

A este respecto, conviene no confundir necesidad pública o colectiva y necesidad general. En economía política se hace una distinción radical entre ellas. Según el profesor Viti de Marco (24), necesidad general es necesidad común sentida por todos los individuos en la colectividad, mientras que la necesidad colectiva o pública es un concepto más amplio en el que puede comprenderse tanto la necesidad general, como las necesidades de sólo un sector cuya existencia revista trascendencia pública.

Y así, se explica que existan servicios públicos para satisfacer necesidades colectivas sólo sentidas en un círculo limitado de la colectividad. Los hospitales o centros de beneficencia, por ejemplo, tienden a satisfacer una necesidad que es sólo común a un reducido sector de la Sociedad.

Ahora bien: así como ha sido posible esbozar una idea de lo que sea necesidad pública, no es posible, sin embargo, *determinar* cuáles sean las necesidades públicas. Es éste un concepto esencialmente *variable* según épocas y lugares y su determinación habría que buscarla, necesariamente, con referencia a un momento histórico político determinado (25).

Existen necesidades sentidas por el hombre en todo tiempo y lugar (alimento, vestido, etc.) a las que se denomina *primarias*. Pero con el transcurso del tiempo, los adelantos técnicos debidos al ingenio del hombre, por un lado, y por otro las normas de la convivencia social, han dado origen a una multiplicación exorbitante de las necesidades, cada día mayor, necesidades éstas, de menor entidad, que, en su origen no eran otra cosa que formas ideadas para satisfacer otras necesidades más arraigadas, y que, dado su creciente desarrollo, se hace imposible el poderlas determinar (26).

b) *Interés público*

Ahora bien: ¿Siempre que exista una necesidad pública o colectiva, ha de aparecer, necesariamente, el servicio público? Evidentemente que

(24) *I primi principii dell'Economia Finanziaria*. Roma, 1928, tomo IV, págs. 15 a 17.

(25) Véase en este sentido WIGAN: *Droit Administratif*. Bruxelles, 1953, pág. 28.

(26) Según LENTINI, «las necesidades, muy limitadas en un principio, asumen, con el andar del tiempo, mayor importancia, desarrollándose y especificándose en cantidad y calidad. A las primitivas de alimento, vestido, seguridad exterior e interior, siguen otras en el orden económico, social, espiritual, cuya satisfacción colectiva requiere una disciplina en la actividad de los particulares para evitar que la violencia y el arbitrio del más fuerte, se superponga al débil, haciendo imposible la convivencia social». (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I. Milano, 1939, pág. 2).

no, y así se expresa de modo unánime en la doctrina cuando se afirma que, si bien es cierto que al servicio público incumbe la satisfacción de necesidades colectivas, no siempre dicha satisfacción ha de realizarse por medio del servicio público (27).

No basta, pues, que exista una necesidad pública, sino que es necesario que exista *algo más*, y, en el examen de lo que ese algo sea, quizás podamos encontrar la razón de ser, la justificación, el fin del servicio público.

Nada es querido si no es conocido, dice un viejo proverbio, y, por la misma razón, puede afirmarse que ninguna trascendencia pública tendrían las necesidades, si no se exteriorizaran por medio de signos. Nunca se llegaría a plantear problema alguno en orden a la satisfacción de necesidades colectivas si éstas no fueran conocidas.

Ahora bien: La necesidad, sentida por el individuo, se manifiesta al exterior traducida en una *exigencia*, con la que se expresa el estado fisiológico o anímico en que consiste la propia necesidad. Esta *exigencia* origina un acto de *conocimiento* o examen de la realidad externa, y un esfuerzo o acto de *voluntad* encaminado a apropiarse del objeto u objetos considerados *útiles* para la satisfacción de aquella necesidad. La trascendencia del acto externo de voluntad o la intensidad del deseo o *exigencia* que lo impulsa, serán signos externos que nos permitirán descubrir el valor o la intensidad de la misma necesidad sentida.

Sin embargo, para expresar el valor de las necesidades, se han venido empleando, indebidamente, los términos *necesidad* y *utilidad*: A pesar de ser la necesidad un concepto de estricta base subjetiva, se la traslada del campo subjetivo al objetivo, y sirve entonces para calificar aquellos objetos o servicios que reúnen tal grado de utilidad, que son imprescindibles o casi imprescindibles, y al par que se habla de necesidades, se califican ciertos bienes como *necesarios*. Por otra parte, el concepto de *utilidad*, que es objetivo (28), pierde su sentido cuando se dice que las cosas o servicios son útiles, para expresar con ello que, aunque provechosos, no son imprescindibles (29).

(27) Véase GASCÓN Y MARÍN: *Tratado*, loc. cit., pág. 225; JORDANA DE POZAS: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, pág. 141.

(28) Según GIDE: «La necesidad es de origen fisiológico; consiste en la sensación de que le falta algo al organismo, y en el apetito de lo que le falta... La utilidad, por el contrario, es la propiedad que poseen cierto número de objetos que son aptos para satisfacer cualquiera de las necesidades». (*Curso de Economía Política*, París-México, 1920, págs. 39 y 46).

(29) En este sentido, expresa GIROLA que «aunque se utilicen estas dos expresiones con significado semejante, no resulta difícil deducir que la necesidad implica la idea de una exigencia absoluta. La noción de utilidad es más indeterminada y contiene apreciaciones que exceden de la esfera de lo puramente necesario... La necesidad se refiere a un interés que es imprescindible».

Al respecto que nos ocupa, entendemos que no deben utilizarse los términos *necesidad* y *utilidad* para expresar con ellos, como hemos visto, distintos grados de valoración de las necesidades. *Necesidad* tiene siempre un sentido subjetivo, la *utilidad*, objetivo. Un tercer concepto, el *interés*—con el que se expresa la *exigencia* a que antes nos hemos referido (30)—es el que determina ese enlace valorativo entre necesidad y utilidad. Es el *interés*, que podría ser definido como el «deseo de satisfacer determinada necesidad con determinados objetos o servicios útiles», el concepto con el que se puede expresar esa gradación de valor de las necesidades (31).

De cuanto antecede, pues, podemos afirmar que, para que exista servicio público, no sólo es preciso que exista una necesidad colectiva, sino también un *interés*, y que dicho interés sea público (32). Pero, ¿Qué es el interés público?

Así como hemos visto que todas las necesidades son individuales y que lo que se entiende por *necesidad colectiva* no es sino un concepto traslativo con el que se quiere expresar que una misma necesidad es sentida por los individuos que componen un grupo más o menos extenso, no ocurre lo mismo con el interés, pues así como existen intereses individuales, existen también verdaderos y propios intereses colectivos, o intereses comunes a toda una colectividad, los cuales no sólo son distintos de los intereses individuales que les sirven de soporte—cosa que no sucede con la necesidad colectiva y la necesidad individual—, sino que además, prevalecen sobre dichos intereses individuales y los limitan.

Todo interés—expresa Piccardi (33)—, en cuanto es sentido por indi-

ble satisfacer, mientras que la utilidad, a un interés que es conveniente satisfacer». (*I servizi di pubblica necessita*, en *Studi in onore Cammeo*, vol. 1, pág. 621).

(30) Vid. en este sentido GASPARRI: (*Corso di Diritto Amministrativo*, Bologna, 1953). Según este autor, «los intereses son la fuerza determinante del comportamiento humano» (loc. cit., pág. 4).

(31) Por ejemplo, hay que suponer que, cuando se creó el alumbrado eléctrico, existía la necesidad del alumbrado, pero no la necesidad del alumbrado eléctrico. Existía el interés de que la antigua necesidad se satisficiera con el nuevo invento. Y se creó, pues, un servicio público, a resultas de un *interés*, determinado por la existencia anterior de una *necesidad* y por la *utilidad* presente de ciertos adelantos técnicos.

Según CARNELUTTI: (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, t. 1, pág. 11), «interés es la situación del hombre favorable a la satisfacción de una necesidad. Los medios para satisfacer las necesidades son los bienes, luego sujeto del interés es el hombre, y objeto de aquel es el bien».

(32) WALINE expresa que, para que haya servicio público, es necesario un objeto de interés público. (*Traité Elementaire de Droit Administratif*, 5.ª ed., pág. 287).

(33) Vid. *Su la distinzione tra diritto e interesse*, en *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, vol. II, Roma, 1932, pág. 124.



viduos es necesariamente un interés individual; pero si un interés es común a un grupo más o menos amplio de individuos, el interés mismo deviene *colectivo*, como expresión unitaria de una serie de intereses individuales coincidentes (34).

La colectividad social ofrece el panorama de una vasta red de intereses (del individuo, de la familia, del sindicato, de la Provincia, etc...) que se relacionan, unas veces coincidentes, y otras en conflicto, tendiendo a excluirse mutuamente. La organización jurídica de la colectividad impone la necesidad de ordenar los intereses según principios de jerarquía, en virtud de los cuales, prevalecen una serie de intereses colectivos sobre otros, que pueden ser colectivos, o simplemente individuales. El complejo de los intereses colectivos que deben prevalecer, y que se denomina interés colectivo primario, constituye el *interés público* (35).

Paralelamente a la noción de interés público, expuesta, y compatible con ella, se encuentra la fórmula del *interés social prevalente* (Martínez Useros) (36), que destaca la importancia del interés individual, entendiéndose por tal la exigencia de mantener la fuerza originaria de la iniciativa privada en la Sociedad, a fin de lograr un equilibrio o armonía entre el interés público y el interés particular. En efecto:

Individuo y socio son dos aspectos que se complementan y componen la esencia del hombre. A su tenor surge una doble variedad de fines (individuales y colectivos) que pueden originar colisiones de intereses. Pero el hecho de que uno de estos intereses deba prevalecer como interés social, no puede, o mejor dicho, no debe afectar a la sustancial concurrencia de aquellos fines.

En la ejecución de todo acto individual se debe perseguir esa doble finalidad. El resultado del acto debe satisfacer esa dualidad—fin individual y fin colectivo— en sus justas proporciones. Con ello se establecerá un equilibrio, pronto a romperse si cualquiera de los individuos al obrar hace prevalecer su interés particular o el colectivo, en detrimento de aquella proporción en que debió inspirarse su actuar.

En una sociedad animal, por ejemplo, en que los individuos actúan carentes de albedrío, preordenada su actividad por leyes naturales, se lo-

(34) Expresa GASPARI (*Corso di diritto amministrativo*, loc. cit., pág. 5) que «si un estado de cosas satisface o lesiona un interés común, pero no común a una determinada pluralidad de sujetos, sino a toda una categoría indeterminada, dicho interés puede denominarse público».

(35) Vid. PICCARDI, loc. cit., pág. 128. En el mismo sentido, BALLBE, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo I (Derecho), pág. 59; FERRARIS: *Diritto Amministrativo*, vol. I, Padova, 1922, págs. 126 y 127; DE VALLES: *Elementi di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1937, págs. 351 y 352; ALESSI: *Diritto Amministrativo*, Milauo, 1949, t. I, págs. 122 a 126.

(36) Vid. MARTÍNEZ USEROS: *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo*. Madrid, 1947, pág. 141.

gra un equilibrio exacto. Pero en el complejo estatal, asentado sobre el suelo movedizo de la libertad de los individuos, difícilmente se puede obtener otra cosa que un movimiento pendular. Al Estado incumbe velar por el logro de ese equilibrio, tratando de reducir el movimiento pendular al menor espacio posible.

El Estado, pues, debe procurar, en principio, tanto la defensa del interés individual como la del colectivo. Pero así como la defensa del interés individual la consigue el Estado, generalmente, de un modo negativo, inhibiéndose, la salvaguarda del interés colectivo la asume, como legítimo representante de la colectividad también por regla general, *interviniendo*. Se deben reconocer, pues, en pie de igualdad, los mismos efectos perniciosos a un exceso de libertad que a un exceso de intervención.

El *interés social prevalente* delata los graves males de la intervención excesiva, y más hoy día que ésta debe multiplicarse ante el desorbitado aumento de las necesidades. Y es por ello que, a su dictado, el poder público ha tenido que arbitrar medios con que lograr el *máximo de garantía posible al interés público, con un mínimo de intervención* (37).

c) *Interés público e iniciativa privada defectuosa*

De lo expuesto se deduce la existencia de un primer límite a la creación del servicio público, límite que viene impuesto por su propia función o finalidad, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas o, mejor aún, la realización de un *interés público* (38).

Pero el simple aserto de que al servicio público incumbe siempre la realización de un interés público, aporta bien poco a la determinación de su concepto. Hemos partido del supuesto de que el servicio público implica la existencia de una necesidad colectiva a satisfacer, manifestada por un interés público referido a ciertos bienes o servicios útiles. Y, al igual que al hablar de las necesidades, formulamos la interrogante, debemos preguntar de nuevo: ¿Siempre que haya necesidad, utilidad e interés público, debe nacer el servicio público? Y de nuevo hemos de repetir que, aun cuando su finalidad sea realizar un interés público, el servicio público no siempre es el medio de realizar esa finalidad.

Existe un segundo límite a la actuación del servicio público y su estudio se encuentra íntimamente ligado al problema de los fines del Estado, centrado en la actualidad sobre la lucha de dos concepciones antagónicas: *Liberalismo* y *Socialismo*.

(37) Vid. ALVAREZ GENDIN: *Máxima descentralización, pero máxima responsabilidad*, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1946, pág. 707.

(38) Vid. ALESSI: *Diritto Amministrativo*, loc. cit., pág. 122.

A este respecto, y dado que el estudio de este problema es más propio del Derecho Político, sólo nos interesa destacar el nacimiento de una tendencia, muy generalizada en la doctrina, que pretende ver la solución en una composición armónica o intermedia de esas dos concepciones. A dicho fin se subrayan las excelencias de la iniciativa privada y la necesidad de mantener viva esa fuerza en el seno de la colectividad; y asimismo justifican la intervención como un medio necesario de facilitar el desenvolvimiento de la libre iniciativa y suplir sus deficiencias (39).

En este sentido, se considera clásica la doctrina que asigna a la Administración una función tutelar sobre los llamados fines accidentales, sociales o expansivos—que así se les suele llamar—del Estado. Según Santamaría de Paredes (40), en la realización de estos fines, el Estado desempeña una función de tutela de la Sociedad, semejante a la que se ejerce sobre los individuos cuando, por no haber alcanzado el adecuado desarrollo, no han adquirido el dominio de sus actos.

Por consiguiente, esta tutela, está sometida a leyes que, en cierto modo, entrañan un límite: Y, así, la realización por parte del Estado de los fines sociales, debe estar en relación inversa al desarrollo de la actividad privada espontánea y libre en la realización de estos fines. Asimismo, el Estado no debe entorpecer este libre desenvolvimiento, sino antes bien, favorecerlo, abreviando en lo posible la duración de la tutela.

Hauriou (41) habla también de la inversa proporcionalidad que debe existir entre las fuerzas colectivas y las fuerzas individuales. La creación de un nuevo servicio público, se puede traducir, —dice—, en la ruptura del equilibrio, aumentando la masa de lo público en detrimento de la de lo privado.

Por consiguiente, se puede afirmar que la intervención, y por lo mismo el servicio público, debe evitarse en lo posible, cuando las circunstancias ofrezcan la garantía de que el interés público que se trate de satisfacer se realiza a impulsos de la iniciativa privada. O sea, que no es suficiente que exista un interés público, sino que es preciso, además, que ese mismo interés, insatisfecho, imponga la necesidad del servicio público.

Por ello, pudo afirmar Duguit (42) que servicio público, es activi-

(39) Véase HAURIOU: *Précis*, 1921, págs. 30 a 33; WAUTHIER: *La participation des entreprises privées a l'action administrative en Belgique*, en *Rev. de Droit Public*, 1954, págs. 1025 y 1026; BUISA: *Ciencia de la Admón.*, loc. cit., págs. 103 a 105; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 3 a 20; ORLANDO: *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1925, págs. 306 y siguientes; MUCCI: *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, págs. 37 y siguientes, etc.

(40) *Curso de Derecho Político*, 1931, págs. 135 y siguientes.

(41) *Précis*, 10.ª Ed., pág. 29.

(42) *Las transformaciones del Derecho Público*, loc. cit., pág. 105.

dad... «de tal naturaleza, que su cumplimiento *no puede ser asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante*».

Siguiendo este postulado, son muchos los autores que justifican el servicio público sólo cuando exista un interés público insatisfecho, por defecto de iniciativa privada. Siempre que esto suceda, el servicio público deviene necesario (43), y así, expresa Laubadère (44) que una actividad deviene servicio público cuando los poderes públicos deciden asumirla para dar satisfacción a una necesidad que, sin él, quedaría *insatisfecha, mal satisfecha, o insuficientemente satisfecha*.

Por ello, hemos aceptado en nuestra definición el principio de *la iniciativa privada defectuosa*, que puede ser desenvuelto en supuestos particulares, según el siguiente esquema:

Iniciativa privada defectuosa por

Imposibilidad.

Insuficiencia.

Inexistencia.

1.º—*Imposibilidad*

Se encuentra imposibilitada la iniciativa privada para ejercer actividad conducente a realizar, de modo directo, los que se denominan fines esenciales del Estado (Defensa militar, Policía, etc.), pues estos fines son consustanciales al poder público y mediante su cumplimiento asegura su integridad política y promueve la seguridad, tanto frente al exterior, como respecto del interior. Se comprende fácilmente que los servicios atinentes a la realización de dichos fines, queden sustraídos al ejercicio de la iniciativa privada y, quizás por esta razón, la doctrina excluye estos servicios de la consideración de servicio público.

«Garantizar la seguridad frente al exterior, el orden público y el cumplimiento del Derecho en el interior, y el poder de imposición—ha dicho Fábregas del Pilar—son los supuestos esenciales de la existencia de un Estado y, porque lo son, no se puede decir que, cuando los gobernantes logran que se realicen, prestan servicios, porque lo que hacen es

(43) Expresa LOUIS ROLLAND (*Les deux grèves de postes et le Droit Public.*, en Rev. de Droit Public., 1901, págs. 298-299): «Si los gobernantes están encargados de una determinada misión, es porque esa misión debe ser cumplida y la iniciativa privada no puede proveer a ella»... Y este mismo autor, define el servicio público como «empresa que, bajo la alta dirección de los gobernantes, tiende a satisfacer necesidades generales *en defecto de iniciativa privada suficiente*...». En este mismo sentido, TARRIEU: Conclusiones al «arrêt Winkel» del C. E. de 8 de agosto de 1909; LAUBADERE: *Traité Elementaire*... París, 1957, págs. 536 y 537; PRESUTTI: *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I. Messina, 1931, pág. 212 y 213.

(44) Loc. cit., pág. 536.

ponerse en condiciones de poderlos prestar» (45). Y, a este respecto, los autores italianos, distinguen entre *función pública* y *servicio público*. *Función pública* es, según esta doctrina, «el ejercicio de una potestad pública», «extrinsecación de la Soberanía del Estado» o, dicho de otro modo, «actividad necesaria del Estado fundada en su poder soberano». *Servicio público*, es denominación que se reserva a la actividad que, por razones técnicas, económicas o sociales, asumen los poderes públicos, encaminada a conseguir finalidades de orden individual (prestaciones *uti singuli*) que podrían realizar libremente los particulares de no mediar dicha intervención (46).

2.º—Insuficiencia

Se suele mostrar insuficiente la iniciativa privada, casi siempre en los servicios gratuitos y, en ocasiones, en ciertos servicios económicos cuya rentabilidad, irregular, puede traducirse en una prestación deficiente del servicio.

La situación de insuficiencia, puede ser debida a una falta de servicios, a una prestación deficiente de un servicio, o, aun no dándose ninguno de estos dos supuestos, a que la iniciativa privada sea de modo manifiesto incompatible con el interés público o vaya abiertamente contra él, aun cuando los servicios funcionen con regularidad.

Es incuestionable que la actitud a mantener por la Administración frente a tales deficiencias, debe ser distinta según los casos. A este respecto, opina Presutti (47), que la intervención de la Administración no ha de tener siempre por objeto la asunción de la actividad de que se trate, de un modo activo y excluyente. Hay supuestos en que la Administración sustituye completamente a la iniciativa privada, pero, por el contrario, habrá casos en que dicha intervención absoluta no se produzca,

(45) Vid. FÁBREGAS DEL PILAR: *Móviles y formas de ejecución de los servicios públicos*, loc. cit., pág. 9.

(46) Véase GIANINI: *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, pág. 115; LENTINI: *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, vol. I, pág. 7; PRESUTTI: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Messina, 1931, vol. I, págs. 201 y siguientes.

«Dejando aparte casos muy singulares—expresa JORDANA DE POZAS— ni la policía, ni la justicia, pueden constituir actividades privadas, mientras que todas las necesidades a que atienden los servicios públicos propiamente dichos, han sido históricamente satisfechas por procedimientos de Derecho Privado, y pueden volver a serlo si cambian las circunstancias». (Vid. *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*. Rev. Estudios Políticos, XXVIII, pág. 45).

(47) Vid. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, 1931, págs. 211 y siguientes.

por no ser necesaria, limitándose la Administración a ejercer la actividad correspondiente en concurrencia con la iniciativa privada, y puede igualmente darse el caso de que el mal se resuelva simplemente con una ayuda pública o una regulación normativa de policía de la actividad privada.

La Administración sólo debe intervenir cuando un interés público lo exija—dice Jordana de Pozas—, y debe hacerlo en la medida en que se compruebe la *insuficiencia* de la iniciativa individual o social, no sustituyéndose por completo a ella sino cuando sea extremadamente conveniente (48). Se inspiran en este postulado, v. g., las llamadas *acciones de socorro* o aportaciones económicas que la Administración realiza a las empresas privadas, unas veces como préstamo, otras como accionista u obligacionista, para evitar su caída (49).

Las restricciones a la libertad deben evitarse en lo posible, y estas *acciones de socorro*, utilizadas sobre todo en tiempo de guerra, son un exponente más del interés, que debe inspirar toda intervención, de respetar en lo posible el desenvolvimiento de la iniciativa privada.

3.º—Inexistencia

Cuando no existe iniciativa privada y el interés público demanda la realización de determinadas actividades, el servicio público, igualmente, deviene necesario.

Así, por ejemplo, existen regiones pobres en las que la iniciativa privada no provee a la satisfacción de ciertas necesidades, o no puede proveer en forma satisfactoria, y el servicio público debe asumir su realización. A estos casos se refiere el principio de *uniformidad* que después examinaremos.

d) *Interés público y principios fundamentales del servicio público.*

De cuanto llevamos expuesto, podemos concluir que el servicio público tiene por finalidad la realización de un interés público al que la iniciativa privada no provee o no puede proveer de forma satisfactoria.

Ahora bien: La determinación del interés público, debido a su abstracta formulación, es difícil de realizar y siempre habría que buscarla

(48) Vid. *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en Revista de Administración Pública, 1951.

(49) Vid. LAUFENBURGER: *Intervención del Estado en la Vida Económica*. Fondo de Cultura Económica. México, 1945, pág. 20.

en relación con cada caso, ya que, la heterogeneidad de sus manifestaciones, asentada sobre el suelo movedizo de la realidad social, impide que se pueda realizar acerca de él una sistemática precisa.

El interés—dice Carnelutti (50)—, es una noción esencialmente relativa, pues se asienta sobre nociones esencialmente relativas como son las de *medio* y *fin* (utilidad y necesidad) y, por ello, se explica que en nombre del interés público se puedan defender posiciones dispares, e incluso contradictorias, cuando de aplicaciones distintas se trata. En ocasiones, por ejemplo, se defiende la necesidad de una prestación gratuita como causa del servicio público, y otras veces, sin embargo, el servicio público presta su conformidad a la obtención de un lucro. Esto es debido a que no es posible abandonar el enunciado abstracto de esta noción de *interés público*, habida cuenta de que se trata de un principio asentado sobre la estructura de la convivencia humana, y que, como tal, no puede sustraerse a los condicionamientos contingentes y varios que la misma entidad del hombre impone (51).

El interés público, se precisa en las exigencias inmateriales que, según Laufenburger (52), lleva aparejadas el ejercicio de toda actividad que tienda a satisfacer necesidades colectivas y, en tal sentido dice que, para que haya servicio público, es menester que la iniciativa privada sea incapaz de asegurar a la colectividad las *satisfacciones inmateriales* exigidas. En la doctrina se ha subrayado la excepcional importancia de alguna de estas exigencias o manifestaciones del interés público, y han sido elevadas a la categoría de principios fundamentales o causa del servicio público, los cuales pasamos a examinar:

1.º—Principio de continuidad

La necesidad de un funcionamiento continuo, constituye una de las causas fundamentales del servicio público, unánimemente reconocida por la doctrina (53).

(50) Loc. cit., pág. 11.

(51) Véase ALESSI: *Diritto Amministrativo*, loc. cit., págs. 127 y siguientes.

(52) Loc. cit., pág. 33.

(53) Según TARBIEU, la continuidad es la esencia del servicio público (*Revue du Droit Public*, 1913, pág. 505). Véase además, en este sentido, BRASA: *La continuidad de los servicios públicos y el sentido político social del interés público*. En *Revista de Derecho Público*, 1933, pág. 47; HAUBOU: *Précis*, París, 1921, págs. 25 y 26; GEORGIN: *Cours de Droit Administratif*, loc. cit., pág. 140 a 145; BOTTGENBACH: *Principes Généraux*, loc. cit., págs. 69 a 72; WIGNY: *Droit Administratif*, loc. cit., págs. 36 y siguientes; SWARTZ: *Le droit administratif américain*, París, 1952, págs. 24 y siguientes; ALESSI: *Diritto Amministrativo*: loc. cit., pág. 331; GAR-

El fundamento racional de este principio, estriba en que la idea de necesidad deduce siempre la de periodicidad. Las necesidades individuales son periódicas; reaparecen pasado cierto tiempo de su satisfacción y, en un orden puramente individual, precisan estas necesidades de medios igualmente periódicos para su satisfacción. Pero lo que en la esfera individual es simplemente periódico, en un orden colectivo, se convierte en permanente y *continuo*. Las necesidades, que en el individuo aparecen siempre a intervalos, cuando se consideran globalmente referidas a la colectividad, pierden esa intermitencia y se muestran como un continuo fluir. Y, porque son continuas, su satisfacción debe ser igualmente continua. Es necesario, pues, y así lo exige el interés público, que los servicios afectos a la satisfacción de tales necesidades, realicen de modo continuo sus prestaciones.

El fundamento jurídico de este principio, estriba en que la necesidad de garantizar una prestación continua del servicio público es corolario de la obligación que se impone a los gobernantes de velar por la satisfacción de las necesidades colectivas (54). «Cuando los gobernantes—dice Buttgenbach (55)—, en cumplimiento de la obligación que les incumbe, crean un servicio público sustituyendo una iniciativa privada defectuosa, adquieren, igualmente, la obligación de hacer funcionar ese servicio de una manera regular y continua». ¿Por qué erige la Nación en servicio público ciertos servicios que podría haber dejado a la iniciativa privada? (56). Porque se considera que es su *deber absoluto* procurar a los hombres ciertos instrumentos necesarios de vida y progreso y no se puede admitir que esos servicios se paralicen un solo instante (57).

Este principio de continuidad, no se halla formalmente reconocido como tal en los textos legales y, sin embargo, constituye una fecunda concepción doctrinal que ha sido seguida por la jurisprudencia, debido a las innumerables aplicaciones que de dicho principio brotan en el or-

cía OVIEDO: *Derecho Administrativo*. Madrid, 1955, págs. 228 y 229; JORDANA DE POZAS: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, págs. 130; A. GENDIN: *Derecho Administrativo*; loc. cit., págs. 53 y 54; etc.

(54) Según ROLLAND, la obligación de asegurar la continuidad del servicio, no es en realidad más que continuación de la obligación que los gobernantes tienen de crearlo, de organizar y hacer funcionar el servicio. Quien dice servicio público, dice necesariamente *empresa regular y continua* (*Revue du Droit Public*, 1915, pág. 130).

(55) Vid. BUTTGENBACH: *Principes...*, loc. cit., pág. 69.

(56) Vid. CHARDON: *Le pouvoir administratif*, París, 1912, págs. 207 y 208.

(57) «Si fuera necesario un criterio formal para reconocer las actividades que deben servir de soporte a la organización de un servicio público—dice DUCUR—diríamos que se encuentra en el desorden social producido por la suspensión, aunque sea durante muy corto tiempo, de esta actividad». (*Las transformaciones del Derecho Público*, loc. cit., pág. 105).

den jurídico administrativo (58). Y, así, en orden a la función pública, se suelen citar como aplicaciones de este principio, la prohibición del derecho de huelga en los servicios públicos, pues el admitir tal derecho, implicaría tanto como consentir su paralización (59); la necesidad de que anteceda al cese del funcionario la aceptación de su dimisión; todas las normas sobre inamovilidad de los funcionarios públicos; la teoría de los funcionarios de hecho, etc.

En orden a los principios generales del derecho administrativo, se señalan, como aplicación del principio de continuidad, la ejecutoriedad del acto administrativo (60); la no admisión de la ejecución forzosa de resoluciones contra el Estado, etc... En cuanto a los contratos públicos, se cita como aplicación del principio, la teoría de la imprevisión; la declaración de caducidad de las concesiones, etc.

La lista de ejemplos, que podría hacerse interminable, revela la importancia de este principio de continuidad, manifestación concreta, quizás la más interesante, del interés público por cuya realización se instituyen los servicios públicos (61).

(58) Vid. WIGNY: *Droit Administratif*, loc. cit.; BURGENBACH: *Principes...*, loc. cit., páginas 70 y siguientes, etc.

(59) Recientemente, se ha admitido la huelga en algunos servicios públicos franceses, motivando estruendosas protestas: «La política de podredumbre de las huelgas, expresan LIET-VEAUX y MARTIN, mal disimula una ausencia de política, y, con ello, un Gobierno produce la «fachosa» impresión de olvidar las grandes tareas que le incumben, y que son, asegurar la vida de la Nación por la realización continua de los servicios erigidos en servicio público... Cuando el Estado erige en servicio público una actividad determinada, adquiere el compromiso de hacerlo funcionar contra viento y marea». Expresan, además, que el medio de presión indirecto que con la huelga se pretende, no tiene eficacia alguna en las huelgas de los servicios públicos, pues el daño por la suspensión, no se le infiere al titular del servicio, sino directamente a la colectividad. «Con la huelga no se produce el dolor del Estado, sino el de los otros, el del público, el de los administrados, el de la masa de los que producen, que son a mayor abundamiento, los contribuyentes. En este sentido, constituye el admitir la huelga una provocación a la paciencia del pueblo, un desafío a la buena voluntad de los que pagan». Ahora bien, si la huelga no se justifica como la solución de un problema, si se justifica, en cambio como modo de expresión de un problema, como una válvula de escape o medio de mostrarse al exterior la existencia de un interés público insatisfecho. (Vid. LIET-VEAUX y MARTIN: *Grève et service public*, en *Revue Administrative*, 1954, págs. 6 y siguientes; ROLLAND: *La grève des tramways de Paris et du Département de la Seine, et le décret du 31 Octobre 1916*. En *Revue du Droit Public*, 1916, págs. 587 y siguientes; PETRACCHI: *La huelga en los servicios públicos, según el derecho argentino*. En *Rev. de Administración Pública*, 1956, n.º 20, págs. 279, etc.).

(60) Según BUESA, la continuidad en la prestación de los servicios públicos, justifica la ejecutoriedad de todas las decisiones del poder administrativo, cualquiera que sea la prestación de los servicios, directa o por concesión (*La continuidad de los servicios públicos y el sentido político social del interés público*, en *Rev. de Derecho Público*, 1933, pág. 33).

(61) GARCÍA OVIEDO considera, entre otros, los supuestos del artículo 376 del Código Penal

2.º—Principio de regularidad

Los autores, generalmente, cuando definen los caracteres del servicio público, aluden a la necesidad de garantizar una satisfacción *regular* y *continua* del interés público y, aunque nada parece indicar que estimen sinónimos regularidad y continuidad, es lo cierto que, en general, tampoco se preocupan de establecer diferencias entre estas dos formas de expresión del interés público.

Según García Oviedo (62), lo continuo es lo que funciona sin interrupción. Lo regular, hace más bien referencia a lo acompasado, lo que conserva su ritmo inicial, lo que funciona sin intermitencias.

Para Buttgenbach (63), la regularidad no es sino la continuidad en aquellos servicios que, por la naturaleza de la necesidad a satisfacer, no exigen un funcionamiento permanente, o sea, que funcionamiento regular equivale a funcionamiento conforme a la naturaleza del servicio.

Es evidente que si la regularidad la referimos a la prestación del servicio, regularidad y continuidad se identifican. Si se quiere establecer diferencias entre ambas, habrá que referirlas a momentos diferentes. En un servicio, podemos distinguir entre funcionamiento y prestación: La regularidad quedará referida al primero y la continuidad, al segundo de dichos momentos. Y, en tal sentido, podrá decirse que la regularidad del funcionamiento, puede ser garantía de una prestación continua.

Si, como dice Laufenburger (64), la continuidad estriba en que una demanda permanente del servicio debe encontrar una oferta permanente, la regularidad deberá constituir un estadio anterior, necesario, merced al cual sea posible realizar esa oferta permanente (65).

Por ello, también la necesidad de que un servicio haya de funcionar de forma regular, puede ser motivo de conversión en servicio público, pues la colectividad debe descansar en la creencia, no sólo de que el

y el artículo 101, n.º 2 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, como aplicaciones legales del mismo principio. (Derecho Administrativo. Madrid, 1955, vol. I, pág. 229).

(62) Vid. *Teoría del Servicio Público*, loc. cit., pág. 45.

(63) *Principes*, loc. cit., pág. 69.

(64) *Intervención del Estado en la vida económica*, loc. cit., pág. 33. Según TREVoux, el servicio debe procurar la satisfacción de las necesidades de los consumidores y, para ello, debe estar sobreequipado y tener una reserva de capacidad no empleada. (*Du service public de droit public, au service public économique*, citado por GARCÍA TRIVIANO, en *Aspectos de la Administración Económica*, en *Revista de Administración Pública*, 1953, pág. 23).

(65) Véase, en este mismo sentido, POSADA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1923, págs. 286 y 287.

servicio realizará sus prestaciones de modo continuo, sino, además, que su funcionamiento regular será garantía de esa continuidad (66).

3.º—Principio de gratuidad

Existen formas de servicio público en las que puede evaluarse económicamente la utilización individual y, por consiguiente, la Administración puede costear el servicio mediante la exacción de *tasas* a cargo de quienes lo utilizan. En este caso se encuentran, v. g., el servicio de Correos, telégrafos, teléfonos, etc. Existen por el contrario otros servicios en los que, por no existir la utilización individual, no es posible costearlos por el sistema de la tasa. En este caso se encuentran los llamados servicios esenciales (defensa militar, policía, etc.) y algunos otros, sociales, de prestación *uti universi*, como, por ejemplo, la conservación y custodia de monumentos públicos, etc. El Estado se ve compelido a costear estos servicios, que podrían denominarse de *utilización indivisa*, mediante el *impuesto* (67).

A los que se encuentran en el primer caso se les llama *servicios remunerados*, y a los del segundo, *servicios gratuitos*, concepto este último que, como vemos, es relativo, ya que servicio gratuito equivale a decir servicio costado por todos.

En algún sector de la doctrina, se ha defendido como un principio esencial la gratuidad de los servicios públicos. Laufenburger dice a este fin, que el servicio público industrial se caracteriza por una acusada orientación hacia la baratura, que ha de culminar, finalmente, en la prestación gratuita y, de esta forma, vendrá a confundirse con los servicios administrativos gratuitos, liberados de la contrapartida remuneratoria denominada *tasa* (68).

Es evidente que, en cierto modo, el servicio gratuito es un sistema de ventajosas cualidades: Se dice en su favor, que simplifica la Administración al suprimir, de un «plumazo», las dificultades y los gastos concernientes a las administraciones económicas parciales de los servicios remunerados, sustituyéndolos y encuadrándolos en el sistema común del im-

(66) Según HAUBOU, la confianza en la regularidad del servicio, es necesaria, porque hace desaparecer en los usuarios la preocupación. (*Précis*, París, 1921, págs. 25 y 26). ALVAREZ GENDIN, cita como aplicación del principio de regularidad el texto de la Declaración XI del Fuero del Trabajo, según el cual, la disminución dolosa en el rendimiento del trabajo, será objeto de una adecuada sanción, pues dicha disminución, evidentemente, ha de repercutir en el funcionamiento del servicio y, por ende, producir alteración de su regularidad. (*Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941).

(67) Vid. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*. Madrid, 1955, vol. 1, pág. 232.

(68) Vid. *Intervención del Estado en la Vida Económica*, México, 1943, págs. 37 a 40.

puesto; que permite extender a toda la colectividad los beneficios derivados de ciertos servicios que, con el sistema remuneratorio, sólo podrían ser disfrutados por determinadas clases privilegiadas, y, finalmente, que goza del favor popular, porque las alteraciones que, como consecuencia del *servicio gratuito*, se producen en los impuestos, no son suficientes a impedir que el público vea como un don realmente gratuito lo que, según una expresión frecuente, *paga el Estado* (69).

Pero a pesar de las ventajosas cualidades de la teoría, el servicio público gratuito, no puede ser instaurado con carácter general, por varias razones: En primer lugar, porque no es justo gravar a la colectividad cuando el servicio puede ser costeado por quienes directamente se benefician de él (70) y, en segundo lugar, porque la práctica ha enseñado que el sistema de los servicios gratuitos es esencialmente más costoso que el de los servicios remunerados. Existe en el individuo una acusada tendencia a consumir sin freno todo aquello que no paga y, en virtud de esta inclinación natural, cuando un servicio remunerado se transforma en gratuito o semi-gratuito, se produce un considerable aumento del consumo y, por consiguiente, un coste mayor del servicio, sobrecarga ésta que, unida a la natural del aumento de los impuestos, equivalente en cantidad al importe de las remuneraciones perdidas, puede traducirse en graves perturbaciones financieras (71).

Ahora bien: Tampoco sería justo que el coste total del servicio tuviera siempre que pesar, de un modo total, sobre los usuarios, y menos aún —como expresa García Oviedo (72)— que se convirtiese el servicio en una fuente de expoliación para los particulares que lo utilizan, porque, en primer lugar, es incuestionable que el servicio público no sólo beneficia a los usuarios individualizados, sino que, su implantación, siempre supone un beneficio general de toda la colectividad (Martínez Useros) (73), y, en segundo término porque, como expresa Alessi (74), la prestación del servicio público, debe tener como fin inmediato y directo la satisfacción de la necesidad colectiva, y no la utilidad económico financiera del ente público.

Por todo ello, un principio de justicia distributiva en orden al repar-

(69) Vid. GEORGIN: *Cours de Droit Administratif*. París, 1954. Liv. I, pág. 118.

(70) Según FIORA, el Estado grava injustamente a los contribuyentes no beneficiados, y propugna el sistema de la tasa para costear los servicios de utilidad individualizada, (*Manuale della scienza delle Finanze*, Livorno, 1921. Cap. II).

(71) Vid. GEORGIN: loc. cit., pág. 120.

(72) GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*. Madrid, 1955, vol. I, pág. 233.

(73) Vid. GARCÍA OVIEDO: loc. cit., nota 21, párrafo 2.º en la página 233.

(74) Vid. ALESSI: *Diritto Amministrativo*, Milano, 1949, vol. I, pág. 332.

to de las cargas públicas (75), aconseja, en general, que los servicios públicos sean costeados por la masa de los contribuyentes juntamente con los usuarios, en proporción a la respectiva utilidad que el servicio les reporte, con lo que se establece una proporción ideal, que solamente debe romperse recurriendo a la *gratuidad* (esto es, al servicio costeadado por impuestos) cuando, o bien el servicio no sea susceptible de utilización individualizada (defensa militar, policía, etc.), o bien, cuando la masa de los usuarios del servicio no pueda afrontar el sacrificio económico proporcional de su utilización, debiendo en tales casos, recurrirse al impuesto, o a otras fuentes complementarias, para enjugar el déficit de los usuarios. Si este déficit es total, nos encontraremos en presencia de un *servicio gratuito* (v. g. un asilo de ancianos); si el déficit es sólo parcial, nos encontraremos en presencia de un servicio *semigratuito* (v. g. los transportes por ferrocarril, en el supuesto de que las tarifas no cubran el gasto de utilización) (76).

4.º—Principio de uniformidad

El Estado puede verse compelido a la creación del servicio público, como dijimos en otro lugar, por la inexistencia de iniciativa privada que satisfaga determinadas necesidades colectivas, ya que, como dice Laufenger (77), el Estado no puede quedar indiferente a los infortunios humanos; le incumbe crear aquellas instituciones públicas de las que se desinteresan los particulares por no considerarlas lucrativas, pero que, en cambio, interesan a la colectividad.

Es el principio de *uniformidad*, el interés público concreto que, en estos casos, compele a la creación del servicio público. Existen comarcas, menos ricas y prósperas que otras, las cuales, por esta razón, no pueden costearse ciertos servicios indispensables; y, si la Administración no orientara su intervención con un criterio de uniformidad, se ofrecería en el Estado, necesariamente, el doloroso contraste de una congestión de servicios en ciertas regiones y de ausencia en otras.

(75) Según LAUDABERE, la distinción entre servicio público gratuito y remunerado, constituye para el Estado una solución al reparto de las cargas tributarias entre los ciudadanos. (*Manuel de Droit Administratif*. París, 1951, pág. 20).

(76) Véase WALINE: *Gratuité ou rémunération des services publics*, en *Revue du Droit Public*, 1951, págs. 497 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la naturaleza de las tasas y las tarifas de los servicios públicos*, en *Revista de Administración Pública*, 1953, págs. 129 y siguientes; VILLAR PALASI: *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*. En *Revista de Administración Pública*, 1954, págs. 11 y siguientes; PUGLIESE: *Le tasse nella scienza e nel diritto positivo italiano*, Padova, 1930; TANGORRA: *Contributo alla teoria delle tasse*, Pisa, 1913, etc.

(77) *Loc. cit.*, pág. 27.

Es ésta una de las razones por la que se justifica el principio progresivo de *utilidad pública* sobre la anticuada fórmula de *necesidad*, instaurada en Francia por las constituciones liberales de 1791 y 1793. Con el criterio estricto de *necesidad pública* el interés contenido en el principio de uniformidad no tendría defensa posible, ya que no cabría hablar de necesidad en ciertos lugares, respecto de servicios que jamás habían funcionado en ellos (78).

El servicio público, pues, tiende también a la uniformidad, a respetar la igualdad de los intereses colectivos, si bien dicha igualdad deba entenderse con un sentido moderado. Las empresas del Estado no deben ser ruinosas, ni puede reconocerse a todas las regiones el derecho a reclamar del Estado idéntico trato. No todos los habitantes, ni todas las comarcas, tienen iguales títulos para poder reclamar iguales ventajas (79), lo que no impide reconocer que, en la satisfacción de necesidades colectivas a las que la iniciativa privada no puede proveer, sólo el servicio público puede realizar de un modo adecuado las correspondientes prestaciones.

5.º—Otras causas

Todas las manifestaciones del interés público, algunas de las cuales han quedado expuestas, adolecen necesariamente de un cierto valor relativo en orden a su eficacia. Junto a la subordinación que en una concreta manifestación de servicio público podría establecerse entre ellas, se advierte, del mismo modo, su distinto valor cuando de servicios distintos se trata. Y, por ello, se explica, como ya dijimos, que existan servicios públicos cuya creación ha sido determinada por la necesidad de una prestación gratuita (asilos, higiene, etc.), junto a otros en los que, el interés de su creación es compatible con la obtención de un lucro.

«Un fenómeno de tal naturaleza universal, constante y acelerado —dice Jordana de Pozas refiriéndose al *intervencionismo* (80)—, ha de tener causas profundas e incontrastables, tales como el aumento demográfico, el progreso material, la concentración de la población, la elevación del nivel general de vida, la inseguridad producida por la ruptura de la unidad espiritual y política y por la expansión exterior de algunos pueblos, etc.».

Estas y otras muchas causas determinan que el interés público pueda mostrarse cada día con rostro diferente. Cada vez son más heterogéneas

(78) Véase GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, págs. 292 y 293.

(79) Vid. GARCÍA OVIEDO: *La teoría del servicio público*, loc. cit., pág. 45.

(80) Vid. *El problema de los fines de la actividad administrativa*, loc. cit., pág. 16.

sus manifestaciones y, por consiguiente, devienen incontables las causas que pueden determinar la aparición del servicio público.

Fruto de nuevas versiones del interés público, son, por ejemplo, los intentos de planificar la economía y las modernas empresas nacionalizadas. Asegurar la satisfacción de las necesidades primarias en tiempo de guerra, interviniendo la producción, distribución y consumo de alimentos; asegurar la independencia económica del país hasta donde sea posible; asegurar la regularidad de la producción nacional y la estabilidad de los mercados, etc., etc. (81) constituyen nuevas manifestaciones del interés público en orden a la satisfacción de necesidades de trascendencia colectiva.

Frente a tamaña extensión del intervencionismo estatal, la defensa del interés social prevalente, en ocasiones, exige la creación de nuevas formas de servicio público merced a las cuales, sea posible, de una parte, garantizar adecuadamente el interés colectivo, y, de otra, respetar, e incluso favorecer e impulsar la iniciativa privada, en aras de una mejor defensa del interés público mismo.

B) LA GARANTÍA PÚBLICA COMO ELEMENTO DE LA DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Del examen del primer elemento de la definición del servicio público, esto es, del elemento material, hemos deducido, pues, que puede haber servicio público siempre y cuando exista un interés público insatisfecho o deficientemente satisfecho por la iniciativa privada. Siempre que esto suceda, nos encontraremos en un escenario propicio a la puesta en escena del servicio público.

Pero ¿en qué consiste eso que llamamos servicio público? ¿Qué es lo que hace el Estado, cuando existe un interés público insatisfecho, que nos permite asegurar que se ha creado un servicio público? Pues, sencillamente, el Estado, asegura o *garantiza* la realización adecuada de ese interés público. Y esa *garantía*, precisamente, constituye el elemento formal que completa la figura del servicio público.

Sobre cual sea la finalidad de esta garantía, ha quedado suficientemente expuesto en cuanto antecede. En cada caso, será distinto el fin, como distinto es el bien que se pretende conseguir o el mal al que se trata de poner remedio. Hemos visto, igualmente, que la noción abstracta del interés público es el único asidero que permite ordenar, con crite-

(81) Véase FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid, 1933, pág. 99; GASCIÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 170 a 180.

rio uniforme, la creciente diversidad de motivos por los que el servicio público nace.

La noción de servicio público, pues, se forma en la concurrencia de dos elementos esenciales:

a) *Una finalidad de interés público*, que constituye a la vez motivo de la creación del servicio público y límite a su actuación. El servicio público, no puede perseguir, en su actuación, finalidad distinta del interés público para cuya realización fué creado.

b) *Una garantía pública* suficiente. Por muy amplia que sea la dejación que el Estado realice de las riendas del servicio público, es fundamental, para que éste exista, que la Administración tenga estatuida la posibilidad de usar determinadas prerrogativas, o cualquier otro medio, que implique la garantía de que el servicio ha de funcionar conforme al interés público para cuya realización ha sido creado.

Pero, ¿por qué se exige que dicha garantía sea pública?

Esta exigencia, no es más que un corolario del principio que hemos mantenido, según el cual el servicio público aparece para suplir una iniciativa privada defectuosa. Es perfectamente lógico que, si no existe iniciativa privada suficiente, deba ser el poder público quien, con sus propios medios, garantice la realización del interés público.

Si en una sociedad es reducido el número de los individuos, el número de necesidades y el de los medios para satisfacerlas, es posible hacerse a la idea de que los individuos se basten a sí mismos, y su propia personalidad y esfuerzo, sean suficientes a representar y dar adecuada satisfacción a sus intereses. Pero este orden de cosas no es posible, ni aún imaginado, en la sociedad política, en que, la complejidad de las necesidades, de los intereses y de los medios útiles, es de tal naturaleza que requiere, inexcusablemente, la presencia de un ente mediador, extraño a los intereses particulares, que se cuide de su ordenada satisfacción.

Forsthoff (82) concibe el *espacio vital del hombre*, que considera de dos clases fundamentalmente: El *espacio dominado*, en el que el hombre se desenvuelve sin necesidad de acudir a la ayuda de los demás (v. g. la casa, el huerto, etc.), y el *espacio efectivo*, en el que se muestra la necesidad de la colaboración y la dependencia del prójimo (la fábrica, los lugares de reunión, etc.).

Ciertamente, la vida social nunca es autárquica. Hasta el más escondido campesino necesita de los demás. Pero es interesante subrayar que, a medida que aumenta la civilización, aumenta esa dependencia, aumenta el espacio efectivo en detrimento del espacio dominado. No existen

(82) FORSTHOFF: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, citado por ROYO VILLANOVA en Problemas del régimen jurídico municipal. Madrid, 1944, págs. 6 y siguientes.

ya en concepto de espacio dominado los elementos indispensables para la satisfacción de las necesidades primarias. Es conocido el ejemplo del agua: El campesino la saca del pozo. El hombre de la ciudad necesita que se la proporcionen. El individuo no se basta a sí mismo para satisfacer necesidades elementales, no podría desenvolverse si, de súbito, se ampliara considerablemente su parcela de espacio dominado y le fuese negada la dependencia y ayuda del prójimo.

El principio de la división del trabajo, junto a las grandes ventajas que ha aportado al progreso, establece de forma absoluta, so peligro de derrumbamiento total del sistema, la necesidad de coordinación de los esfuerzos de todos mediante una sólida organización de toda la vida social. El Estado ha de ser el ente mediador, el soporte de toda esa organización. Por ello sucede que, precisamente para poder cumplir los fines personales, el hombre de hoy necesita más que nunca del Estado (83), y, la Administración pública, con su sólida organización asentada sobre los principios de unidad, competencia y jerarquía (84), aparece como la más adecuada para resolver los problemas que origina la creciente insuficiencia de la iniciativa privada, todo lo cual justifica cumplidamente la necesidad de que la garantía en el servicio público sea pública.

(83) En este sentido, son muy significativas las palabras de GARCÍA OVIEDO: Nos hallamos en la época de la fe en el poder de organización, en que, al amparo de una larga experiencia y de una honda meditación, se pregonan a los cuatro vientos los mágicos efectos del espíritu de disciplina y de sistema. Todo en nuestros días tiende a ser organizado para que rinda el máximo tributo al bien y al bienestar. Comenzaron las organizaciones por ser individuales. Siguiéronlas las organizaciones públicas de los organismos menores, cuya vida antecedió a la vida del Estado... Nos hallamos plenamente en la época de las organizaciones políticas... El mundo renuncia cada día más al atomismo y camina decidido hacia todo lo que signifique sistema, con sus dos grandes pilares del orden y la disciplina. Así va enseñoreándose de las sociedades modernas el principio de servicio como el resorte más eficaz para la satisfacción de las necesidades humanas... Así hemos llegado al servicio como sistema de funciones, soporte, y, a la par, contenido de la Administración Pública. (*La teoría del servicio público*, loc. cit., pág. 9).

(84) Vid. GASCÓN HERNÁNDEZ: *Unidad, competencia y jerarquía como principios de organización administrativa*. En estudios en Honor de Gascón y Marín, 1952). Considera este autor el valor primordial de la unidad administrativa, como principio rector de su sólida organización. La jerarquía constituye el principio mediante el cual es posible conseguir, la necesaria unidad sobre la proleica división de las competencias.

CAPÍTULO III

LA TEORIA CLASICA DEL SERVICIO PUBLICO

A) CRITERIO DEL SERVICIO PÚBLICO

En el primer capítulo hicimos mención de que, instaurado al margen del derecho común un régimen jurídico especial administrativo, surgió desde el primer instante la necesidad de ordenar, en virtud de un criterio suficiente, las situaciones que debían quedar sometidas a cada uno de ambos sistemas. La doctrina, que advirtió la trascendencia de este problema, se empeñó en la búsqueda de ese criterio general y práctico que, en ausencia de textos legales concretos, permitiera, a guisa de detector infalible, determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente en una relación dada. Los teóricos franceses creyeron haber encontrado el merecido descanso a tamaño esfuerzo en la noción de servicio público (1).

Apoyada en la jurisprudencia del Consejo de Estado del siglo de la democracia liberal, prudentemente uniforme, e impulsada por el deseo de resolver tan debatido problema, la escuela del servicio público surgió pujante y confiada y, con ella, la noción material del servicio público, verdadera justificación de la acción administrativa, vestida con el estrecho ropaje del llamado «régimen jurídico de los servicios públicos», fue presentada en los medios científicos como institución jurídica (2).

Pero aquella jurisprudencia, que ya al tiempo que la doctrina concebía la noción institucional del servicio público, mostraba ser sólo meticu-

(1) Vid. SWARTZ: *Le droit Administratif Americain*. París, 1952, págs. 22 y siguientes.

(2) El *arrêt Blanco* del «Tribunal des Conflits» de 8 de febrero de 1873, el *arrêt Dekeister* (1861), el *arrêt Thérond* (1910) y otros, fueron, en Francia, los precedentes jurisprudenciales de la teoría del servicio público, según la cual, la competencia y el derecho administrativo serían de aplicación cuando existiese un servicio público.

loso intérprete de la realidad, ha seguido la profunda evolución de los hechos, desoyendo los afanes sistemáticos de ese criterio institucional, que ha sido desbordado. Si en un principio la jurisprudencia y la realidad social parecieron caminar acordes con la teoría, la evolución de los hechos ha motivado las necesarias contradicciones al descubrirse que la realidad, y su intérprete, la jurisprudencia, caminaban desvinculados de los supuestos doctrinales (3).

Las distintas posiciones que la doctrina francesa adopta a partir de las primeras contradicciones suscitadas por la jurisprudencia, muestran el deseo de no apartarse de la noción institucional. Primero, buscan soluciones que incrementando la teoría, no la dañen esencialmente (4); otras veces, ante la imposibilidad de integrar en la teoría la contradicción, califican de excepcional la situación nueva (5) y, así, hasta que la excepción, por su repetición continuada, ha dejado de ser tal, determinando un rompimiento de los moldes clásicos y el abandono del criterio del servicio público, ante cuyo desconsolador supuesto de crisis hay autor que se pregunta si ello es el anuncio del fin de la distinción entre derecho privado y derecho administrativo, o la muerte de uno de los dos (6).

(3) La primera contradicción en la Jurisprudencia, apareció en el *arrêt Compagnie d'Assurances Le Soleil*, del «Tribunal des Conflits» de 4 de junio de 1910, al establecer que un contrato que tiene por finalidad el funcionamiento de un servicio público, puede estar sometido a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios si se rige por las normas generales de las obligaciones. Y es que, como expresa CHENOT, «el juez no busca conocer la esencia de las instituciones para clasificar las diferentes variedades. El dice qué reglas rigen en un caso determinado el comportamiento jurídico de una persona pública o privada». (Vid. *La notion de service public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*. En *Etudes et Documents del C. E.*, 1950, págs. 77 y siguientes).

Según BLAEVOET, el estudio de la Jurisprudencia, permite ver una tónica o evolución de la que puedan obtenerse criterios más o menos estables, pero no es la Jurisprudencia, sino la doctrina, quien señala esos criterios. (*Le contentieux des établissements publics industriels et commerciaux*, en *Revue du Droit Public*, 1957, págs. 5 y siguientes).

(4) JEZE, por ejemplo, cuando define el servicio público, se expresa en el sentido de que los agentes pueden —no dice deben— usar los procedimientos del servicio público. (Véase, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949. Tomo II-1, pág. 9).

(5) «Las inexactitudes originarias de la doctrina del servicio público, que hoy día se observan con más claridad—dice de CORAIL—hacen que la mayor parte de los autores, lejos de considerarlas como vicios de la noción, hayan optado por considerarlas excepcionales». (Vid. DE CORAIL: *La crise de la notion juridique du service public*. París, 1954, pág. 22).

(6) Según DE CORAIL, es el elemento orgánico de la noción tradicional del servicio público el centro de la crisis que trae la aparición del servicio público funcional. La noción clásica de servicio público, carece de flexibilidad. El régimen exorbitante, la constante referencia a la Administración, son caracteres demasiado rígidos. Ante ello, sugiere la cuestión de si será posible mantener el carácter excepcional de las nuevas formas, cuestión que resuelve en sentido negativo (loc. cit., pág. 132).

«Muchos tendrán, expresa CHENOT, sin duda, nostalgia por una concepción institucional a priori del servicio público que aseguraría, a la vez, la tranquilidad de los profesores y la es-

B) LA INTENCIÓN DE LOS GOBERNANTES

La supuesta integridad de la teoría del servicio público, se vió conmovida desde sus comienzos por la duda. Se construye todo un sistema jurídico para el servicio público y, a pesar de ello, cuando en la realidad se le quiere identificar, en muchas ocasiones, se ve forzada la doctrina a acudir a criterios extraños, imprecisos e insuficientes.

En primer lugar, comienza la doctrina por reconocer que, cuando el texto de la Ley es claro, o sea, si los gobernantes manifiestan expresamente su intención de crear un servicio público, existirá servicio público, reúna o no los caracteres jurídicos que la propia doctrina le asigna y, por ende, resultarán inútiles las elucubraciones del jurista al respecto (7). Y cuando del texto de la Ley no se desprenda de ese modo categórico la intención de los gobernantes de crear un servicio público, tampoco la doctrina nos ha sabido dar, en este caso, la respuesta única y satisfactoria que permita identificar en la práctica al servicio público.

a) *Criterio objetivo*

Hay autores que, inspirados en una consideración material del servicio público, resuelven el problema de un modo negativo, estableciendo qué actividades no pueden ser objeto de servicio público.

En esta dirección se considera tradicional el criterio de Hauriou, según el cual, existen empresas que, por razón de sus fines, no pueden llegar a constituir un servicio público. El servicio público—según este autor (8)—es un factor del orden público y, este fin, implica una limita-

bilidad de las categorías jurídicas. A decir verdad, si esta noción pudo en ciertas épocas, obtenerse de muchas resoluciones judiciales, se ha hecho difícil de mantener entre las dos guerras y, seguramente, imposible a partir de 1940. (Vid. Cuesnot: *La notion de service public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*, loc. cit., pág. 82).

(7) Expresa WALINE que hay servicio público si las autoridades competentes así lo estiman, tanto si tienen razón al estimarlo así como si no, ya que es ésta una cuestión política y no jurídica (loc. cit., pág. 287). «La opinión de tales o cuales autores no tiene ningún valor... El jurista puede decir muy bien que, a su juicio, los gobernantes se han equivocado... Pero este juicio no tendría ningún valor jurídico. (Jéze, loc. cit., pág. 20). MICHELOU participa igualmente de esta opinión, que motivó una polémica acalorada frente al criterio de DUGUR, según el cual «si una ley positiva atribuye de modo expreso el carácter de servicio público a determinada actividad, el juez estará obligado a aplicar la disposición legislativa. Pero de ello no resultará que, en realidad exista un servicio público, y la realidad prevalecerá tarde o temprano sobre la decisión arbitraria del legislador». (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2.^a Ed. II, 1923, pág. 67).

(8) Vid. HAURIOU: *Précis...*, 1921, loc. cit., pág. 27.

ción de la acción administrativa. Si se establece para crear el orden público, no debe utilizarse para crear riqueza económica, pues la riqueza no es una necesidad pública sino una necesidad privada. Por otra parte, expresa también (9), que nunca podrán constituir servicio público ciertas empresas que, desde el punto de vista de la moral pública, no merecen ser consideradas como satisfaciendo necesidades de orden colectivo, tales como los espectáculos y teatros.

Esta tesis ha sido objeto de dura crítica. Se dice en su contra que es un criterio más de moralista que de jurista y que, a lo sumo, podría encontrarse en él la justificación, en el orden social, del servicio público, pero que, en modo alguno, servirá para resolver en la práctica la identificación del servicio público, porque no establece qué actividades lo sean, sino qué actividades no pueden ser servicio público, siendo además, en este sentido un criterio insuficiente por cuanto la realidad lo ha desmentido, al definir la jurisprudencia que aquellas empresas, tales como los teatros, a los que negó el carácter de servicio público, pueden tener esa consideración (10).

La discrecionalidad, e incluso la *arbitrariedad* (como ha llegado a expresar Duguit) (11) con que el poder público puede estimar ser de interés general la creación del servicio público, hace imposible el señalar a priori las actividades concretas que pueden o no considerarse idóneas para ser objeto de servicio público. A lo sumo podría aspirarse a señalar esas actividades a la vista del criterio del legislador en una época determinada, y ello, siempre, con gran prudencia, pues no se puede olvidar que, por su propia naturaleza, tales actividades son susceptibles de ser realizadas por la iniciativa privada.

b) Criterio orgánico

Frente al criterio objetivo expuesto, otros autores, tratan de identificar al servicio público por sus caracteres externos, de los que pueda infe-

(9) Vid. HAURIOU: *Principes de Droit Public*, 2.^a Ed., págs. 368 y siguientes: «Hay evidentemente en la naturaleza misma de las empresas, obstáculos, resistencias, límites objetivos... Las necesidades públicas como el resto de los «affaires» humanos, deben ser pasados por la criba del bien y del mal... En tal sentido, no se deben erigir en servicio público las empresas de teatros y espectáculos, que en modo alguno presentan una necesidad, tan siquiera financiera, cuyo mayor inconveniente es exaltar la imaginación, habilitar los espíritus a una vida fácil y ficticia, con gran detrimento de la vida seria, y de exaltar las pasiones del amor, tan peligrosas como las del juego y la destemplanza». (HAURIOU: *Nota al C. E. 7 de abril de 1916*, Recueil Sirey, 1916, III, pág. 49).

(10) Vid. WALINE: *Des courses de chevaux ne sauraient constituer un service public*. Arrêt C. E. 30 oct. 1953 (en *Revue du Droit Public*, 1954, págs. 178 y siguientes).

(11) Véase la nota (7) anterior.

rirse la intención de los gobernantes. Las modalidades jurídicas desentruvadas en la organización y funcionamiento de los servicios públicos, son, según este criterio, los índices expresivos merced a los cuales se descubre o identifica en la práctica un servicio público (12).

Gastón Jéze es el iniciador de esta doctrina. Según él, servicio público es la actividad que los gobernantes, en un país y en una época determinada, han decidido satisfacer por medio del procedimiento del servicio público. Dicho procedimiento entraña la existencia de una organización especial y, de ahí que, en defecto de una declaración expresa de los gobernantes, se estime que la existencia de una organización pública será el índice que permita descubrir en la práctica el servicio público.

Con ello, se transporta el problema al interrogante de cuáles sean los caracteres específicos de tal organización que le valgan la consideración de pública y que permita diferenciarla de la empresa privada. Y, en la determinación de esos caracteres, surgen las divergencias.

Hubo época en que pudo considerarse suficiente para determinar el carácter público de la organización, la sumisión de ésta a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado. Pero la aparición de ciertas categorías de servicios (servicios públicos industriales, servicios nacionalizados, etc.) cuya organización se considera más próxima a la normativa jurídico-privada, necesariamente había de desbordar aquella concepción (13). Ello no obstante, se han producido algunos intentos doctrinales tendentes a respetar el criterio del régimen jurídico exorbitante, atribuyendo restrictivamente el carácter de servicio público a una categoría especial de servicios (14). La idea, según Laubadère (15) sería seductora pero no es aceptable, ya que no existen rigurosamente diferenciadas esas

(12) Véase una exposición de estos criterios en LA- PRADELLE: *La notion de service public*. En *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1934, pág. 540.

(13) Según de CORAIL, aun cuando en el servicio público, el carácter público de la función es evidente, el órgano investido de esa función, es muy particular, y su carácter necesariamente público, es cosa muy discutible. (loc. cit., pág. 144). En el mismo sentido MORANGE: (*Le declin de la notion juridique de service public*, Dalloz, 1947. Chron. XII).

(14) Existe cierta categoría de servicios a los que, en general, no ha encontrado inconveniente la doctrina en aplicar el criterio orgánico del servicio público, frente a los llamados servicios públicos industriales o comerciales. La concepción orgánica tiene, en cuanto a los primeros una amplia esfera de aplicación y, en consecuencia, algunos autores como WALINE, propugnaron una clasificación dualista en el servicio público, sobre cuya determinación, sin embargo, existe gran disparidad de criterios. (Véase una exposición en DE CORAIL: loc. cit., págs. 39 y siguientes). Son partidarios además, de este criterio de separación, entre otros, GEORGIN (*Cours de Droit Administratif*, Paris, 1954, págs. 115 y 116); BLAEVOET: *Les comités d'organisation professionnelle et l'évolution jurisprudentielle des notions de service public et d'acte administratif*, en *Revue du Droit Public*, 1944, págs. 294 y 295, etc.

(15) Vid. *Droit Administratif*, 1957, págs. 540 y 541.

supuestas categorías de servicios públicos. No existe una nítida diferenciación entre servicios enteramente sometidos al régimen jurídico público, y servicios públicos sometidos enteramente al derecho privado.

Sin embargo, hay algo en el servicio público que, pese a la variedad de sus formas, es común a todas sus manifestaciones. En la investigación de esos caracteres comunes se afana la doctrina por encontrar la nota diferencial, irreductible, que permita distinguir la organización pública de la empresa privada.

Según Wigny (16) la organización pública del servicio público se caracteriza, esencialmente, por una *dependencia vis a vis de los gobernantes*. Buttgenbach traduce esa dependencia en un doble sentido: La iniciativa pública en la creación del servicio, y la alta dirección de los gobernantes en su gestión. «En el examen de conjunto de las reglas de organización y funcionamiento, dice, se podrá encontrar el índice de la naturaleza pública o privada del servicio. Si de este examen se desprende la existencia de una alta dirección por parte de los gobernantes sobre aquél, concluiremos que habrá servicio público» (17).

Pero tampoco la doctrina da, de la *alta dirección de los gobernantes*, una noción de la que, a priori, puedan señalarse unas formas determinadas. Unas veces, podrá mostrarse traducida en un control absoluto y exorbitante. Otras, la dependencia del servicio con el poder público creador podrá variar entre límites más o menos amplios. Por ello, cuando la doctrina nos explica el sentido de esa alta dirección, en su deseo de comprender bajo el enunciado toda la variada gama de manifestaciones del servicio público, termina por ofrecer nociones menos precisas aún aquella que trata de definir y, así, Waline y Romieu, por ejemplo, entienden por alta dirección, la *intervención del poder del Estado*. Y Rolland y Buttgenbach, la traducen como la posibilidad otorgada a los gobernantes de «pronunciar la última palabra» (*pouvoir de dernier mot*) en orden a la creación y funcionamiento del servicio (18).

c) Conclusión

La diversidad de manifestaciones del servicio público, favorecida por la creciente extensión de los fines del Estado, determina la imposibilidad de mantener, con un carácter institucional específico, una noción o modelo de servicio público que pueda servir de criterio único para reconocer en la práctica su existencia.

(16) Vid. WIGNY: *Droit Administratif*. Bruxelles, 1953, págs. 29 y 30.

(17) Vid. *Droit Administratif*. Bruxelles, 1954, págs. 57 a 65.

(18) Vid. WALINE: *Manuel...*, 3.ª Ed., pág. 265; ROLLAND: *Précis...*, 5.ª Ed. pág. 14.

Gastón Jéze (19), el más brillante expositor de la teoría del servicio público, ofrece una colección incompleta de datos, que él mismo califica de *indicios*, para reconocer en la práctica la existencia del servicio público, tales como, el hecho de que el legislador haya otorgado al servicio la posibilidad de empleo de medios jurídicos exorbitantes del derecho común (v. g. la expropiación forzosa), que a impulsos del poder público se haya constituido en monopolio, que la Administración se reserve un derecho de veto, o simple control sobre determinados asuntos o decisiones en el funcionamiento del servicio, etc.

O sea, que, por este camino, llegamos a nuestra definición cuando decimos que, para que exista servicio público, junto a una finalidad de interés público, es necesario además, que exista de algún modo, más o menos extensa, una intervención del poder, que implique una garantía sobre la realización de aquella finalidad.

En el examen de los criterios suscitados acerca del servicio público, hemos podido observar que los autores se han enfrentado con una realidad multiforme de servicios, y que, en esa variedad reside, precisamente, el origen de las contradicciones de la teoría (20). Ello nos va a permitir sentar, inicialmente, la siguiente conclusión:

La garantía del interés público, elemento esencial del servicio público, adopta en la práctica diferentes modalidades, cuya existencia ha determinado la imposibilidad de asignar al servicio público un contenido institucional preciso.

El declive de la noción de servicio público, está determinado por la variedad de los servicios públicos, esto es, por la distinta extensión e intensidad de la garantía pública. Y, puesto que la garantía es un concepto *subordinado*, pues se refiere a otro de superior rango cual es la realización de un interés público, hay que pensar que su variedad no sea casual, sino que, por el contrario, sea el efecto de un impulso causal. Por ello, si en los distintos modos de organización y gestión logramos descubrir un supuesto común que sea causa de esa diversidad, habremos encontrado en él la razón de ser de la crisis del servicio público.

Y como la necesidad de garantizar el interés colectivo, en la actuali-

(19) *Principios...*, loc. cit., pág. 24. LAUBADERE: *Droit Administratif*, 1957, págs. 539 y 540.

(20) RIVERO ha puesto de manifiesto cómo HAURIUO descubrió la noción de servicio público y cómo la abandonó porque, según él, carece de valor jurídico. No tendrá más aplicación que en los casos en que, en los servicios públicos, se actúe «la puissance publique». Pero no se puede razonar como si el servicio público necesitara siempre el régimen de derecho público. El servicio público, por la diversidad de sus manifestaciones, se desposee de todo contenido jurídico y se convierte en una noción de *ciencia política* inutilizable por el jurista Hauriou et l'avenement de la notion de service public; en *Etudes Achille Mestre*, París, 1956, págs. 461 y siguientes).

dad, ve atenuado su rigor, por la defensa del interés social prevalente que, ante el desorbitado aumento de las necesidades colectivas, exige en muchos casos, como primordial, el respeto y fomento de la iniciativa privada, ello nos lleva a formular, con carácter previo, la hipótesis, expresada en el título de este trabajo, de que, en la crisis del servicio público opera como causa la necesidad de mantener y extender el principio de la colaboración particular en la gestión de tales servicios, lo cual aconseja que, en su organización, se cuide el máximo de garantía del interés colectivo con el mínimo de intervención.

En tal sentido parece entenderlo Jordana de Pozas cuando expresa que la intervención (garantía) ha de ser proporcionada o ajustada al motivo que la justifica (*carácter subordinado respecto del interés público*), lo que determina una suave gradación de los medios empleados que, en buena doctrina, deben ser aquellos que consigan el fin perseguido, en el momento adecuado, con el grado mínimo de coacción (21).

En la exposición que habremos de hacer de las distintas formas de organización y gestión del servicio público, veremos cómo todas ellas pueden ser ordenadas según ese criterio de respeto y fomento de la iniciativa privada, de tal suerte que, el servicio público, en sus manifestaciones, viene a ser como un puente o una escala gradual, cuyos extremos tienen por base de sustentación los eternamente opuestos pilares de *Libertad e Intervención*.

C) EXAMEN DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

I.—Creación, organización y supresión de los servicios públicos.

El principio de adaptación

La creación de los servicios públicos, es competencia de los poderes públicos pues, con ella, subviene a la obligación que en este sentido se les atribuye. Si el servicio público es concebido como una obligación que se impone a los gobernantes y a ellos corresponde apreciar cuándo las circunstancias aconsejan su necesidad, se explica perfectamente que en la doctrina se reconozca, de modo unánime, que la iniciativa de la creación y, por ende la de organizar y suprimir los servicios públicos, sea competencia exclusiva de los poderes públicos (22). Las apreciaciones de un

(21) Vid. *Ensayo de una teoría del fomento en Derecho Administrativo* en Rev. de Estudios Políticos, XXVIII, pág. 41.

(22) «Se habla únicamente de servicio público—dice Gastón Jéze—cuando las autoridades de un país, en determinada época, deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del servicio público». (*Principios...*, loc. cit., t. II-1, pág. 19).

particular sobre la conveniencia o la inutilidad del servicio público carecerán de efecto jurídico alguno (23).

Pero, dentro del Estado, ¿qué poder es competente?

La creación de los servicios públicos, responde a la iniciativa y decisión del poder legislativo. Se arguye, en favor de este criterio, que las Constituciones establecen el principio de que las limitaciones, restricciones o variaciones de las libertades individuales, deben ser acordadas por medio de una Ley y el servicio público entraña siempre dichas limitaciones (24). En efecto:

El servicio público es «tabou» a la iniciativa particular. Si una actividad dada deviene servicio público, ello es tanto como decir que se han cerrado las puertas al libre ejercicio de aquella actividad, lo que no quiere decir que el servicio público haya de constituir, necesariamente un monopolio (25). Puede serlo en ocasiones pero, otras veces, la Administración admitirá a los particulares a la gestión de los servicios, y otras, se limitará, tan sólo, a asegurar la realización de la actividad en un sector determinado (v. g. farmacias municipales), sin romper con la libertad de ejercicio en general; en todos los casos, las limitaciones o restricciones a las libertades individuales, siempre se producen, y no ya sólo por el hecho de la creación del servicio público, sino también porque, en su funcionamiento, el servicio público ha de desplegar los consiguientes efectos derivados de la aplicación de normas especiales, exorbitantes del derecho privado, que, en sí mismos, entrañan esas limitaciones a que aludimos.

Respecto a los servicios provinciales y municipales (26), se reconoce, igualmente, que la iniciativa de la creación corresponde al poder legislativo pues, aun cuando la creación en sentido estricto pueda corresponder a los órganos deliberantes de las corporaciones locales, expresa Jordana de Pozas que ello está condicionado por la existencia de una autorización legislativa anterior (27).

(23) Vid. WIGNY: *loc. cit.*, pág. 32.

(24) WIGNY: *loc. cit.*, pág. 33.

(25) Según HAUBIQU (Précis..., 1921, pág. 29, «aunque, en general, el servicio público constituya un monopolio, esta condición no es esencial». En el mismo sentido GEORGIN: *Cours de Droit Administratif*, liv. 1, París, 1954; BIELSA: *Ciencia de la Administración*. Buenos Aires, 1955, págs. 98 y 99; A. GENDIN: *Derecho Administrativo*. Zaragoza, 1941, págs. 66 y 67, etc.

(26) Véase una exposición de este supuesto en LAUBADERE: *Droit Administratif*, 1957, págs. 548 y siguientes.

(27) Vid. JORDANA DE POZAS: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, pág. 142; por ello, expresa MARTÍNEZ USBROS que «en realidad, el establecimiento del servicio público es de la competencia de la función legislativa, que la cumple unas veces de modo sucesivo y específico y, otras, señalando las condiciones en que aquel podrá ser organizado por las autoridades administrativas» (GARCÍA OVIENO: *Derecho Administrativo*, 1955, pág. 235).

La organización de los servicios públicos, se atribuye, por regla general, a la competencia de las autoridades administrativas. El Poder Legislativo decide el principio, la iniciativa de creación del servicio público y al Ejecutivo corresponde, entonces, reunir los medios necesarios con los que se crea efectivamente, o se organiza el servicio, lo cual verifica mediante el desarrollo de su potestad reglamentaria (28).

Ha sido objeto de especial estudio en la doctrina el alcance o extensión de la competencia de las autoridades administrativas respecto a la organización de los servicios públicos. Generalmente se estima que la Administración debe disfrutar de un amplio margen de apreciación, no sólo respecto a los elementos que han de servir de base a la organización del servicio, sino también respecto a la oportunidad del momento en que el nuevo servicio deba quedar constituido (29). Sin embargo, ese poder de apreciación, debe entenderse subordinado en todo momento a los límites impuestos por la Ley de creación del servicio que, en ocasiones, puede señalar una orientación acerca de los medios que hayan de tenerse en cuenta, e incluso decretar, como de inexcusable cumplimiento, el momento en que deba quedar constituido el nuevo servicio (30).

Finalmente, respecto a la supresión de los servicios públicos, es principio reconocido que será competencia de la misma autoridad que la posee para decidir su creación y, por ende, competencia del poder legislativo. Suprimir un servicio público—según GeorGIN (31)—, es, ciertamente, decidir en sentido inverso a la creación y, si ésta implica una modificación en la esfera de libertad de los individuos, la supresión produce igualmente un cambio en esa esfera, al restituir a la iniciativa privada el ejercicio de determinada actividad y, por ende, será igualmente competencia del poder legislativo (32).

Ahora bien: La libertad del poder de apreciación respecto a la supresión de un servicio público, si bien no es dado discutirla jurídicamente, en el orden político se reconoce la existencia de ciertas limitaciones, más acentuadas aún que en la creación, que, en muchos casos, permitirían calificar de *impolítica* una decisión legislativa a este respecto; e incluso,

(28) Vid. GASCÓN Y MARIN: *loc. cit.*, pág. 232; GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, 1955, pág. 236; LAUBADERE: *Droit Administratif*, 1957, pág. 553.

(29) Vid. JEZE: *Appreciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir*. En *Revue du Droit Public*, 1943, pág. 1; WIGNY: *loc. cit.*, págs. 33 y 34.

(30) Vid. WALINE: *Droit Administratif*, *loc. cit.*, pág. 414; LAUBADERE: *Droit Administratif*, *loc. cit.*, pág. 533; BONNARD: *Précis...*, *loc. cit.*, pág. 86.

(31) Vid. GEORGIN: *loc. cit.*, págs. 122 y 123.

(32) Véase un estudio de los efectos jurídicos de la supresión de los servicios públicos en JEZE: *La suppression d'un service public et les conséquences juridiques de cette suppression*, en *Revue du Droit Public*, vol. 31, págs. 332 a 371.

como expresa Martínez Useros, aún en el orden jurídico cabría negar la absoluta potestad discriminadora del poder legislativo en la supresión de servicios públicos cuya existencia estuviera comprometida por medio de un tratado internacional vigente (33):

Corolario de los poderes y libertad de apreciación que las autoridades públicas gozan en orden a la creación, organización y supresión de los servicios públicos, el *principio de adaptación* surge como una necesaria consecuencia.

Este principio es expresión de la potestad que el Estado debe tener en todo instante de variar la estructura u organización de los servicios públicos, en todo o en parte, cuando el interés público lo aconseje, pues tal es necesario desde el momento en que se impone a los gobernantes la obligación de hacer funcionar el servicio en las mejores condiciones posibles.

Jéze (34) invoca como fundamento de este principio el que «ninguna autoridad puede imponer por cierto tiempo, corto o largo, un determinado funcionamiento u organización del servicio,... ya que ello, entrañaría un abuso de poder, careciendo política y jurídicamente de valor». Otros autores fundamentan el principio con un sentido positivo y, así, se expresa que, por ser el Estado el supremo gestor de los intereses de la colectividad (35), debe tener en su mano el poder suficiente para realizar dichas modificaciones, porque él las considera necesarias, en defensa del interés público, cuya determinación es objeto de su exclusiva competencia (36).

La facultad que el principio de adaptación entraña, constituye una excepción al principio de derecho según el cual, la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. y tiene, en tal sentido, especial trascendencia en los servicios concedidos, por la naturaleza especial de las relaciones que se crean entre la Administración y el concesionario.

Una doctrina bastante extendida, estima que la destacada posición del concesionario en sus relaciones con la Administración, no debe ser obstáculo a cualquier determinación administrativa en orden a las modificaciones de la organización del servicio público. En este sentido, expresa Jéze, que, en la concesión, el interés particular del concesionario. debe

(33) Vid. GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *loc. cit.*, pág. 236.

(34) *Principios...*, *loc. cit.*, págs. 7 y siguientes.

(35) Vid. GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *loc. cit.*, pág. 245.

(36) Según WIGNY, la soberanía del Estado es inalienable y el legislador, único juez de la necesidad pública y de los medios para satisfacerla, puede, en todo momento, modificar la organización del servicio público. Por ello, dice, los derechos adquiridos no pueden oponerse a sus decisiones en este aspecto, pues, si existen, estos intereses particulares deben ceder ante el interés general (*loc. cit.*, pág. 36).

quedar supeditado, en todo instante, al interés general, pues sería absurdo que la defensa de un interés privado impusiese a la Administración la obligación de mantener un servicio en unas condiciones y circunstancias por las que resultara inútil o innecesario. Sin perjuicio de ello, las variaciones que la Administración establezca, estarán limitadas, en todo caso, por el derecho del concesionario a una indemnización, o a pedir la rescisión, en el supuesto de que las nuevas modificaciones exijan de él unos conocimientos o una capacidad de que carezca (37).

Sin embargo, razones más políticas y sociales que jurídicas, originan en la actualidad cierta tendencia a restringir esa facultad de modificar en todo instante la organización del servicio público, en los casos de concesión, otorgándole una más ponderada consideración funcional. Waline ha destacado, a este respecto, la importancia de la colaboración particular que, en sí misma, puede entrañar un interés público, o social prevalente, y que, en tal sentido, exige una aplicación cautelosa de las restricciones que, por razón del principio que examinamos, puedan revestir un atentado contra la misma institución concesional (38).

II.—El régimen jurídico especial de la organización de los servicios públicos

El servicio público, en cuanto actividad mediante la cual se realizan prestaciones para la satisfacción de determinadas necesidades, precisa de los elementos que, en general, son comunes a toda actividad colectiva organizada y, en tal sentido, le es necesario:

1.º Un *fin* específico a cuya realización tiende con el ejercicio de la propia actividad en que el servicio consiste.

2.º Un soporte material del servicio, consistente en un ámbito geográfico o territorial, un personal adecuado, determinados bienes, muebles e inmuebles y, finalmente, un patrimonio o hacienda. Y

(37) Vid. JEZE: *Principios...*, parte I, págs. 221, 223 y 230.

(38) Vid. WALINE: *L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants*, en *Revue du Droit Public*, 1951, págs. 6 y ss.

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado que, aun cuando en la concesión de servicios públicos no puede alegarse el postulado de la igualdad jurídica de los contratantes, porque la Administración tiene una situación privilegiada en razón del interés público que representa (Sent. 19 octubre 1933), la facultad de modificar las situaciones pactadas en la concesión, debe ser excepcional en razón del principio de que lo pactado no puede modificarse sino por la voluntad concorde de ambas partes (Sentencias de 10 de diciembre de 1896, 19 febrero de 1903, 9 diciembre de 1933, 11 diciembre de 1934, y 1.º de diciembre de 1954).

3.º Un sujeto de derecho titular de toda la organización, por cuenta de quien ésta realice sus prestaciones (39).

La teoría clásica del servicio público, atribuye a cada uno de los elementos examinados el carácter público, de tal suerte, que ello hizo posible la afirmación de que Derecho administrativo equivalía a Derecho de los servicios públicos. Se crea, pues, un régimen jurídico especial, al proyectar sobre cada uno de los elementos cuyo conjunto implica la idea de servicio, el adjetivo público, atribuyendo de esta forma al servicio público la consideración de actividad regida por un excluyente principio jurídico-de autoridad (40).

Ese adjetivo *público* es, como sabemos, expresión de una garantía, de extensión, intensidad y aplicación esencialmente variables, debido fundamentalmente a la indeterminación apriorística de los fines que al servicio público incumbe realizar. Y así, en multitud de servicios desaparece su dependencia de una corporación pública titular, debido unas veces a que, el servicio, en su cualidad de institución organizada, tiende a conquistar una individualidad autónoma y deviene candidato a la personalidad moral (Establecimiento Público) (41), y otras, porque la gestión del servicio se realiza por particulares (Concesión). Además, sucede que en muchos servicios se ha estimado conveniente sustraer sus elementos y relaciones a la consideración jurídico pública, acudiendo a las normas de derecho privado, lo que ha motivado la aparición de formas híbridas de difícil calificación.

Todo ello ha determinado que la noción de servicio público retroceda un paso y pierda mucho de la precisión que le fué asignada por la noción institucional; las nuevas tendencias imponen nuevas concepciones del servicio público que, en cierto modo, entrañan un movimiento de reflujo hacia las primitivas consideraciones materiales o sociológicas de servicio al público. Pero la teoría institucional no supone un esfuerzo baldío, pues aunque los intentos de algunos autores por conservarla en un ámbito de aplicación reducido estén condenados al fracaso (42), es cada día más extenso el sector doctrinal que, al amparo de las experiencias debidas a la noción institucional, busca el nuevo criterio de distinción entre el Derecho privado y el Derecho administrativo, en el estudio de las

(39) Véase una exposición de los elementos del servicio público, en HAURIUO: *Précis...*, 1921, págs. 29 y 562; BONNARD: *Précis de Droit Public*, París, 1946, pág. 183; FERRARIS: *Diritto Amministrativo*. Padova, 1922, vol. I, págs. 126 y 127; POSADA: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1923, págs. 284 y 285, etc.

(40) Véase GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *loc. cit.*, pág. 218.

(41) Vid. HAURIUO: *Précis...*, *loc. cit.*, pág. 29.

(42) Vid. LAUBADERE: *Droit Administratif...*, *loc. cit.*, pág. 541.

llamadas *cláusulas exorbitantes* (43) que, en definitiva, son como los hijos nacidos de la unión del *ius imperii* con los elementos del servicio público, de cuya citada unión son por demás provechosas las enseñanzas de la teoría clásica, reflejadas en el denominado régimen jurídico especial de los servicios públicos (44).

1.º *El ius imperii*

En el *ius imperii* se inspira toda la temática concerniente al régimen especial de los servicios públicos. Constituye un principio fundamental en la organización de estos servicios, derivado de la necesidad de una garantía pública, impuesta por la prepotencia del interés colectivo que, debiendo siempre prevalecer, necesita de un medio no común con el que sea posible en derecho, vencer los intereses particulares que se opongan a su realización.

El *ius imperii* es la constante o el «leit motiv» que, proyectado sobre los elementos del servicio público, tiene la virtud de traducirlos en esa garantía pública que asegura, en todo instante, la realización adecuada del interés colectivo (45).

El régimen jurídico de los servicios públicos puede ser examinado a tenor de las distintas relaciones que, con el servicio, mantienen, de una parte, el poder público creador y, de otra, la colectividad. En sus relaciones con el servicio, la Administración le infunde el carácter público con la proyección del *ius imperii* que sobre él realiza. De la relación del servicio con la colectividad, surge la normativa especial referente a la situación jurídica de los usuarios.

2.º *La relación del servicio con el Poder público*

Hemos expuesto, anteriormente, que el servicio público precisa de un organismo o conjunto de elementos personales y materiales. De la íntima relación o dependencia en que se coloca el servicio respecto del Estado, surge su carácter público y, por ende, se justifica una regulación jurídica

(43) Vid. DE CORAIL: *Le crise de la notion juridique de service public*. París, 1954.

(44) Los postulados de este régimen jurídico especial han sido desenvueltos por GASTÓN JEZE, según el cual, el servicio público supone que, para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial, modificable, en todo instante, por leyes y reglamentos» (*loc. cit.*, pág. 242).

(45) Véase GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *loc. cit.*, págs. 237 y 238; HAURIOU: *Précis*, *loc. cit.*, pág. 10; BELSA: *Ciencia de la Administración*, *loc. cit.*, pág. 100.

especial de tales elementos, considerados estáticamente y en cuanto implican relaciones. Exponemos a continuación los caracteres más salientes de esa relación:

a) *Personas*

La organización del personal que presta su esfuerzo al funcionamiento del servicio público, está sometida a normas especiales que derogan el régimen común de la locación de servicios.

Junto a cierta categoría de agentes, como son aquellos que prestan servicios ocasionales, o, aun siendo éstos de duración indeterminada, no figuran en la correspondiente plantilla de personal del servicio, cuya situación, por regla general, se regula en el derecho común, los agentes del servicio público propiamente dichos, esto es, aquellos que se incorporan al servicio de un modo permanente y figuran adscritos del mismo modo a las correspondientes plantillas, se dice que adquieren la consideración de funcionarios públicos (46), es decir, personas sometidas en sus relaciones con la Administración a un régimen especial del que, aun siendo fijado generalmente por normas reglamentarias y especiales para cada categoría de servicios, es posible deducir ciertos caracteres comunes, derivados, precisamente, de la idea de servicio público, que constituye la justificación común de dicho régimen especial.

En tal sentido, expresa Jéze que, cuando se crea un servicio público, quiere darse a entender que se han elaborado teorías especiales que tienden a dotar a dicha actividad de un máximo de garantías posibles, una de las cuales exige la necesidad de un régimen especial relativo a los individuos encargados del funcionamiento del servicio (47) y, concluye, que «la mayoría de los individuos cuya actividad personal asegura el funcionamiento de los servicios públicos, la constituyen los agentes del servicio propiamente dichos, los *funcionarios públicos*» (48).

Según esta doctrina, es pues la noción de servicio público la justificación del régimen especial de derecho de los funcionarios públicos, y de ahí que todas las normas comunes reguladoras de su situación, estén condicionadas por los siguientes principios (49):

1.º El interés del servicio público, debe ser asegurado, en primer plano, sobre el interés personal del funcionario.

2.º La continuidad del funcionamiento del servicio, debe ser objeto de especial salvaguarda. Y

(46) Vid. HAURIJOU: loc. cit., pág. 564.

(47) Vid. *Principios...*, vol. II-1, pág. 261.

(48) Vid. *Principios*, loc. cit., pág. 257.

(49) Vid. BÓNARD: *Précis de Droit Public*, loc. cit., pág. 186.

3.º La organización del servicio y, por ende, la situación del funcionario, debe poder ser modificada en todo instante.

Tales principios, impuestos por la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del servicio, determinan, como es natural, ciertas derogaciones al régimen jurídico común, vertiendo a la creación de ese régimen jurídico especial de los funcionarios, cuya característica fundamental reside en la naturaleza reglamentaria y no contractual de la relación existente entre el funcionario y la Administración (50).

b) Cosas

Los fines del servicio público motivan, igualmente, un régimen especial de derecho aplicable a los bienes materiales, elementos de su organización, distinto del Derecho común regulador del dominio privado.

Surge, en su consecuencia, la noción del *dominio público* referida a los bienes afectos a la realización de un servicio público (51) y, sus particulares caracteres (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), denotan de un modo evidente el sentido de esa dependencia y justificación, pues, en los casos en que dicho régimen especial se establece, constituyen la garantía del interés público (52).

(50) Véase JÉZE: loc. cit., pág. 13.—La naturaleza de la relación del funcionario con la Administración, ha sido largamente discutida. Algunos autores, sostienen el carácter *unilateral* de esta relación fundados en la defensa del interés público que a la Administración concierne, que crea en el particular el deber preexistente de servir al Estado y, de ahí que se le imponga la función (BIELSA, SEUFFER, GONNER). Frente a ellos, otros autores postulan la naturaleza *contractual* de la relación, surgida esta tesis al amparo de la influencia que el Derecho Civil ejerció en la formación del Derecho Administrativo. Según unos, contrato civil o privado (STAINOFF, MEUCCI), según otros, contrato de derecho público (SEIBEL, LABAND, JELLINEK, etc.). Una tesis mixta, trata de conjugar ambas posiciones, relacionando el problema con la naturaleza de los actos administrativos, y en este sentido, se establece, que el funcionario autoridad, está unido al Estado por una relación de carácter unilateral, mientras que el funcionario de gestión, lo está por una relación contractual. La tesis *unilateral o reglamentaria*, incorporada a la teoría del servicio público, ha gozado la mayor aceptación, sobre todo en la doctrina francesa (JÉZE, DUCUIT, HAURIQU, BONNARD, ROLLAND, LAUBADERE, etc.) Según estos autores, el contenido de la relación, es determinado unilateralmente por la Administración, lo que no impide el que de esta relación surjan ventajas y deberes recíprocos para ambas partes (Vid. SERRA PIÑAR: *Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración*, en Libro Homenaje a Gascón y Marín. Madrid, 1952, págs. 186 y siguientes).

(51) Véase DUCUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.ª Ed. 1923, III, pág. 322: «El principio de distinción entre el dominio público y el dominio privado, es indudablemente exacto, porque responde a la distinción de las actividades erigidas o no en servicio público»; JÉZE: *Principios...*, pág. 245. Nuestro Código Civil, establece, en su artículo 339, que son bienes de dominio público los que están afectos a un uso o a un servicio público.

(52) Véase BONNARD: *Précis...*, loc. cit., págs. 201 y siguientes. MARTÍNEZ USERROS: *Improce-*

También los fondos del servicio, adquieren la especial consideración de fondos públicos, sometidos a una regulación especial, constituida por las normas de la Contabilidad Pública (53).

c) *Acciones*

Con carácter general, concibe Duguit la teoría de los actos administrativos, asignando a éstos, aparte su carácter de actos jurídicos, la especialidad de régimen inspirado en el fin de servicio público. «El acto administrativo jurídico—dice—tiene un valor, determinado por su objeto, pero también y sobre todo por su fin, que no puede ser más que un fin de servicio público. Si la voluntad del agente es determinada por un fin extraño al servicio público, hay usurpación de poder. Si es determinada por un fin de servicio público, pero no de la competencia del agente, hay desviación de poder» (54). Las especiales características de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos se inspiran en el principio de continuidad del servicio público.

En especial, son incontables los modos de actuación de los poderes públicos que, justificados igualmente, por los fines del servicio público, entrañan la garantía del interés colectivo mediante derogaciones al régimen jurídico común, tales como la expropiación forzosa, la obra pública, ciertos privilegios judiciales, como el de negar a los particulares el ejercicio de acciones interdictales frente a la Administración, etc. (55), cuyo conjunto es objeto de estudio detallado en la teoría general del Derecho Administrativo.

3.º *La relación servicio público-colectividad*

En los servicios públicos, y, en especial, en aquellos de prestación *uti singoli*, los administrados, los usuarios, juegan un papel importantísimo. Precisamente la razón de ser del servicio público, se centra en la defensa de los intereses de la colectividad y, en particular, de los usuarios.

Respecto a la actitud en que el usuario se coloca frente al servicio pú-

dencia de servidumbres en el dominio público, en estudios dedicados a GARCÍA OVIEDO, 1954, vol. I, págs. 137 y siguientes; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en estudios dedicados a GARCÍA OVIEDO, loc. cit., págs. 317 y siguientes; Nuestra Ley de Régimen Local, en su artículo 188, establece que los bienes de dominio público, mientras conserven este carácter, serán inalienables, imprescriptibles e inembargables.

(53) Vid. GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USURROS: *Loc. cit.*, pág. 252.

(54) Vid. *Las Transformaciones del Derecho Público*, loc. cit., págs. 226 y siguientes.

(55) Véase una exposición de estas acciones, en GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USURROS: *loc. cit.*, págs. 243 y siguientes

blico, en principio, no sería aventurado calificarla como derecho subjetivo. Si el funcionamiento del servicio público ha adquirido el sentido de una obligación que se impone a los gobernantes, la utilización del servicio (sea divisa o indivisa) debe ser traducida, en buenos principios, como un derecho o facultad a favor de la colectividad, actuado en la concreta utilización que del servicio realice el particular.

Ello no obstante, la doctrina se ha pronunciado, en general, contra ese derecho, cuando se trata de examinar si los particulares pueden hacerlo valer exigiendo de los poderes públicos la creación de un servicio público (56), fundados en la obligación que sobre ellos pesa.

Evidentemente, está justificada la negativa. En primer lugar, porque, aun reconociendo el carácter jurídico de esa obligación de los gobernantes, cosa discutible (57), constituye obligación, en genérico, para con la colectividad y, por tanto, sería absurda la procedencia de una reclamación en tal sentido, porque el particular reclamante, en ningún caso, puede considerarse investido de la necesaria representación de la colectividad. Y además, y derivado de lo anterior, porque el poder público es el único competente para determinar el alcance de esa obligación como legítimo representante de la Sociedad. A él únicamente corresponde determinar cuándo nace esa obligación, cuándo es necesaria la creación del servicio público.

Puede suceder, no obstante, que el legislador haya decidido la creación, e incluso impuesto al poder ejecutivo la oportunidad y modo en que el nuevo servicio deba quedar constituido, y la Administración retrase injustificadamente lo que ya constituye para ella una específica obligación. En este caso, y por vía indirecta, se suele reconocer a los particulares cierto derecho a exigir de la Administración la creación en sentido estricto del servicio, pidiendo, por ejemplo, las correspondientes prestaciones, y ejercitando contra el acuerdo denegatorio, recurso contencioso-administrativo (58).

(56) Vid. DUGUIT: *Las Transformaciones del Derecho Público*, loc. cit., págs. 114 a 121.

(57) Expresa WALINE (*Droit Administratif*., loc. cit., pág. 287) que hay servicio público si las autoridades competentes así lo estiman, tanto si tienen razón al estimarlo así, como si no, ya que *ésta es una cuestión política y no jurídica*.

(58) Esta posibilidad se muestra, generalmente, en el ámbito de la Administración Local. Nuestra Ley de Régimen Local, en sus artículos 102 y 145, señala aquellas actividades o servicios que constituyen obligaciones mínimas de los Municipios y las Diputaciones provinciales. El art. 657 de dicha Ley, preve que podrán entablarse reclamaciones contra los Presupuestos municipales o provinciales, por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la Entidad local a virtud de precepto legal. La ley regula esta reclamación y la subsiguiente acción contencioso-administrativa, para la que estará legitimado el reclamante por el sólo hecho de habitar en el lugar, o aun residiendo fuera, demuestre tener en la causa un interés directo (art. 656).

Por el contrario, en el servicio público ya constituido, se reconoce comúnmente el derecho de los usuarios a obtener sus prestaciones, y es muestra de este reconocimiento, el denominado en la doctrina *principio de igualdad* (59).

En ese principio encuentra su más acabada expresión el derecho de los usuarios a disfrutar, en plano de igualdad, las ventajas inherentes a las prestaciones del servicio público y, en su virtud, se consideran obligatorias dichas prestaciones sin distinción de clases, siempre que el individuo se coloque en las condiciones que, por vía general, establecen las ordenanzas del servicio. «Todos tienen derecho—dice Presutti (60)—a pretender que el Correo lleve su propia correspondencia; que las Compañías de Ferrocarriles transporten sus mercancías y sus personas, que los órganos de la función jurisdiccional les administren justicia, etc. En tales casos, la norma jurídica concede un derecho, y precisamente el derecho a utilizar el servicio, a todos los que se encuentren en determinadas condiciones que de modo impersonal establece la ley».

La existencia de ese derecho en favor de los usuarios, impone la necesidad de completarlo mediante el reconocimiento de las correspondientes acción y protección judicial, y, dada la separación de jurisdicciones que el régimen administrativo instaura, la doctrina ha planteado el problema acerca de cuál sea la naturaleza jurídica de la relación del usuario con el servicio público, a fin de que se pueda determinar, con criterio general, la jurisdicción competente.

Frente a quienes caracterizan de contractual esta relación y, por ende sometida a una regulación de derecho privado, y, frente a aquellos otros que propugnan una clasificación dualista atendiendo a la distinta naturaleza y régimen de los servicios públicos (61), la teoría clásica del servicio público, fiel a sus principios, tuvo que alzar bandera defendiendo el carácter público, reglamentario y no contractual, de estas relaciones (62), y, a este fin, considera Duguit que la situación jurídica de un particular que utiliza un servicio público, no es contractual, pues, si bien el indivi-

(59) Véase WIGNY: *Droit Administratif*, Bruxelles, 1953, págs. 37, y 255 a 261; DUGUIT: *Las Transformaciones*, loc. cit., págs. 121 a 130; JÉZE: *Le fonctionnement des services publics*, París, 1923, págs. 11 a 23; GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 233 y 234; JORDANA DE POZAS: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 139; A. GENDIN: *El Servicio Público*, Madrid, 1944, págs. 176 a 201; etc.

(60) Vid. PRESUTTI: *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, págs. 368 y 369.

(61) Vid. MAVER: *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, Buenos Aires, 1954, pág. 184.

(62) Véase un estudio sobre esta cuestión, en DUGUIT: *De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public*, en *Mélanges Hauriou*, 1929, pág. 251; ALESSI: *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946, especialmente págs. 96 a 115; JÉZE: *Le fonctionnement des services publics*, París, 1923, págs. 11 a 23, etc.

duo entra en esa relación voluntariamente, acepta al propio tiempo la Ley del servicio y adquiere, de este modo, un estatuto legal o reglamentario, protegido por enérgicas vías de derecho y, particularmente, por el recurso contencioso administrativo (63).

(63) DE VALLES, en su artículo *I pubblici servizi e gli utenti*. (Rivista di diritto pubblico, 1924, pág. 434) critica agriamente el régimen burocrático y de influencia política de la Administración italiana en el funcionamiento de los servicios públicos, que, al estar suprimida toda intervención activa de los usuarios en dicho funcionamiento, ocasiona, según él, una completa ineficacia de la «supuesta» protección judicial.

CAPÍTULO IV

LOS MODOS DE GESTION DEL SERVICIO PUBLICO SEGUN LA TEORIA CLASICA

Según esta teoría, el titular del servicio juega un papel muy importante en orden a su gestión. La realidad no exige siempre que la organización, el servicio, se concrete bajo la dependencia de una corporación pública, y, en tal sentido, se construye la teoría de los modos de gestión del servicio público, cuya variedad y diferente tratamiento jurídico vienen impuestos por la distinta naturaleza de su posible titular.

A modo de régimen general, se estudian categorías bajo enunciados cuya expresión más simplificada consiste en la distinción de servicios que se integran en la Administración como formas de gestión pública, y servicios que, por tolerarlo su especial naturaleza, se colocan bajo la dependencia de un particular, cuyo reconocimiento descubre el carácter excepcional de la intervención autoritaria y, por consiguiente, el importante papel que juega en la realización de los intereses colectivos el principio de respeto y fomento de la iniciativa privada.

Este criterio se acepta generalmente en la doctrina cuando, al clasificar y estudiar los distintos modos de gestión del servicio público, se distingue entre gestión pública y gestión privada, atendiendo al carácter público o privado del sujeto gestor (1).

(1) Véase LAUBADERE: *Traité...*, París, 1957, págs. 556 y 557. GEORGIN: *Droit Administratif*, París, 1954. Liv. I, págs. 146 a 149; WIGNY: *Droit Administratif...*, Bruxelles, 1953, pág. 41; GASCÓN Y MARÍN: *Tratado...*, Madrid, 1955, vol. I, págs. 332 y siguientes; BIELSA: *Ciencia de la Administración*. Buenos Aires, 1955, págs. 94 y 95, etc.

A) CARÁCTER PÚBLICO DEL TITULAR

1.º *La Régie o Administración centralizada*

La *regie* o forma centralizada, puede considerarse como forma primaria, la más extremada, de cuantas integran la extensa y variada gama de los modos de gestión del servicio público. Con la *regie* se quiere indicar que el servicio público es gestionado directamente por la misma Corporación de la que depende (Estado, Provincia o Municipio, según que el servicio sea estatal, provincial o municipal).

Un Estado—dice Hauriou (2)—está bajo el régimen administrativo, cuando el gobierno, habiendo concluido la centralización política, aborda la centralización de los servicios públicos y asume la empresa de los mismos. La Administración, pues, personificada sobre la unidad política, se convierte en gestora del interés público y organiza y realiza de modo directo y centralizado el servicio público, o dicho de otro modo, asume entera y privativamente la gestión del servicio sin interrupción ni participación de los particulares en ella. Designa las autoridades, funcionarios y operarios, aporta el capital, percibe los rendimientos, se beneficia de las utilidades y soporta las pérdidas, fija las tarifas, ejerce la dirección y contrae por entero las responsabilidades que de la gestión pudieran derivarse (3).

Generalmente, cuando se trata acerca de este modo de gestión, se suelen señalar concisamente algunos de sus caracteres o una somera descripción de sus principales efectos (4), pues el estudio de la *regie* viene a confundirse prácticamente con los capítulos generales del Derecho administrativo (5).

Nota fundamental de este modo de gestión es la ausencia de intermediario (6) y, de ella, derivan sus caracteres más peculiares:

a) No existe organismo especial que tenga a su cargo el servicio, ejerciendo la Administración, de modo directo y exclusivo, todos los poderes de decisión y regulación. El servicio, de este modo, queda integrado en la propia Corporación pública, y son los propios organismos admi-

(2) Vid. *Précis de Droit Administratif*. París, 1921, pág. 1.

(3) Vid. GARCÍA OVIEDO: *Dcho. Administrativo*, pág. 187.

(4) Véase LAUBADERE: loc. cit., pág. 558; GASCÓN Y MARÍN: loc. cit., pág. 234; GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: loc. cit., págs. 272 y siguientes; A. GENDÍN: *El servicio público*. loc. cit., págs. 57 a 60; BIELSA: *Ciencia de la Administración*, loc. cit., pág. 105.

(5) Vid. LAUBADERE: loc. cit., pág. 558.

(6) Vid. ALBI: *Los modos de gestión de los servicios públicos municipales*, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1947, vol. II, pág. 665.



nistrativos los que, usando de sus medios peculiares, llevan a cabo las prestaciones, valiéndose de sus mismos funcionarios y recursos materiales.

b) Los gastos y utilidades se consideran afectos al patrimonio y régimen financiero general de la Corporación de la que depende el servicio (7). Y

c) Del mismo modo, los riesgos, son de cuenta de la Corporación gestora, que debe contraer las responsabilidades derivadas de la gestión del servicio, respondiendo con su patrimonio (8).

2.º La descentralización por servicios y el Establecimiento público

El fenómeno de la descentralización constituye uno de los principales puntales que jalonan la evolución conceptual que se opera en el servicio público, siendo en este orden su aparición un signo elocuentemente expresivo de la necesidad de suscitar y mantener el adecuado equilibrio entre los intereses individuales y colectivos secundarios y el interés colectivo superior, personificado en la acción pública central, equilibrio cuyos postulados informa la defensa del interés social prevalente.

Tsoutsos (9) no expresa sino el reconocimiento de esta idea, cuando dice que la Administración se encuentra dominada por dos tendencias entre las que cabe establecer un equilibrio, mediante un número variadísimo de combinaciones, y que éstas son, *centralización y descentralización*. La primera—dice—es la fuerza que emana del poder central. La segunda, es fruto de la reacción que la Nación plantea contra dicha fuerza.

Como sistema de organización administrativa, la descentralización supone un medio singularmente eficaz para descongestionar la Administración Central, acompañado de un beneficio en la organización y funcionamiento de los distintos servicios, sin que ello, necesariamente, comporte un atentado a la unidad administrativa o vaya en detrimento de la Administración Pública General, que admite perfectamente coordinadas, junto a formas de administración directa, otras de administración llamada indirecta, cuya existencia revela la importancia creciente del impulso descentralizador (10) que se ha dejado sentir en los distintos órdenes de

(7) Vid. JÉZE: *Principios...*, loc. cit., II-1, pág. 27.

(8) Vid. BUTTGENBACH: *Théorie des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 76.

(9) Vid. TSOUSOS: *Considerations sur la centralisation et la décentralisation*. En *Revue International des Sciences Administratives*, 1940, pág. 273

(10) Vid. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid, 1950, págs. 10 y 11.

«La Administración directa, dice ZANOBINI, es ejercida por el Estado mediante órganos propios, y se llama también Administración gubernativa, en cuanto tales órganos forman parte

la acción administrativa, dando lugar a variadas formas de esa administración indirecta, que se clasifican bajo los epígrafes generales de *entes territoriales* y *entes institucionales* descentralizados (11).

Los primeros, debidos a la llamada descentralización territorial, realizan funciones y fines de variada índole. El signo que permite agruparlos bajo una denominación común, pese a su complejidad de fines y funciones, lo constituye la unidad territorial. Por el contrario, los entes institucionales se caracterizan no tanto por el alcance jurisdiccional de su demarcación territorial, como por la existencia de un fin específico que motiva su creación. Los entes territoriales, generalmente, son una unidad de carácter natural de cuya personalidad casi resulta obligado el reconocimiento. Los entes institucionales, por el contrario, casi siempre tienen un claro origen legal (12). Sobre estos últimos, se construye la llamada *descentralización por servicios* (13).

Con esta nueva forma, expresa Royo Villanova (14), no se trata de dar a la descentralización una base geográfica, cambiando de lugar el eje de la acción administrativa, sino que, considerando objetivamente el servicio público, se busca relajar su dependencia respecto del poder central, constituyéndolo con personalidad propia y con cierta autonomía de gestión, todo ello en defensa del interés general y como una mayor garantía y eficacia del servicio mismo.

La *descentralización por servicios*, no ha carecido de detractores que le proyecten inconvenientes, tales como, que el servicio descentralizado, por su autonomía, puede ofrecer serias resistencias a la realización de las reformas necesarias que el interés público aconseje; que la multiplicación de estos servicios puede ser origen de rivalidades entre ellos que desprestigien y produzcan desorden en la Administración general; que los

del Gobierno o, al menos, dependen inmediatamente de él; la segunda (indirecta), se ejerce por el Estado indirectamente, o sea, no con medios y órganos propios, sino a través de los medios, órganos y actividad de otras personas jurídicas; la identidad existente entre los fines de éstas y los del Estado, hace que dichas personas, tendiendo a la consecución de sus fines, tiendan indirectamente a la consecución de los del Estado». (*Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a Ed. 1940, vol. III, pág. 361).

Para Kelsen, la descentralización no es más que una forma particular de la Administración del Estado, y, en tal sentido, dice que «no es posible escindir la Administración pública en dos ámbitos distintos o independientes uno de otro (la Administración estatal y la autónoma), supuesto que en ambos casos, esa Administración pública debe tener carácter jurídico... Y esto supone su unidad, la unidad del orden del cual son miembros una y otra».

(11) Véase el prólogo de Gascón y Marín a la obra de Garrido Falla antes citada.

(12) Vid. Garrido Falla: loc. cit., pág. 9.

(13) Vid. Hauriou: *Précis...*, loc. cit., págs. 111 a 114; Royo Villanova: *Derecho Administrativo*, Valladolid, 1955, vol. I, pág. 321.

(14) *Elementos de Derecho Administrativo*. Valladolid, 1948, vol. I, pág. 302.

Presupuestos independientes son causa de desórdenes financieros, etc. (15).

Sin embargo, tales argumentos no han servido para detener el impulso creciente de la descentralización por servicios. Casi todos esos inconvenientes dejan de existir en el instante en que el poder central se reserva un severo control sobre el funcionamiento y poder de decisión de los servicios descentralizados, control externo éste, que, sin embargo, no impide obtener las ventajas de toda descentralización, entre las cuales se señalan como más caracterizadas, que el servicio adquiere los caracteres técnicos de una más acusada eficiencia, debido a la preparación especial a que su personal se somete. Que la autonomía, al par que permite descargar al poder de una parte considerable de sus obligaciones, contribuye a la realización de ideales democráticos. Que la creación de un patrimonio especial, suele ser estímulo a las liberalidades de los particulares que, por regla general, se interesan porque su ayuda sirva a un determinado servicio y no se confunda con el patrimonio general de la Corporación pública, etc., etc. (16).

Los servicios que de este modo se organizan son considerados con cierta autonomía, resultado de la afección de un patrimonio especial y el reconocimiento de su personalidad, menoscabada en parte por un control externo que el poder central se reserva (17). Esta organización, por regla general, coincide con la noción de *Establecimiento público*.

El Establecimiento público: Su concepto

El *Establecimiento público* es el modelo clásico de la descentralización por servicios. Es, esencialmente, un servicio público del que el Estado faculta una gestión independiente, debido, entre otras causas, a la especialidad del fin que tiende a realizar.

Las modificaciones que en él se producen, en contraste con el régimen general de los servicios públicos centralizados, se justifican, según la

(15) Vid. A. GENDIN: *El servicio público*, Madrid, 1944; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 492.

(16) Vid. BONNARD: *Précis de Droit Public.*, París, 1946, pág. 242; ROLLAND: *La personification des services publics*, en *Revue du Droit Public.*, t. 29, pág. 487 a 491; WIGNY: *Droit Administratif*, Bruxelles, 1953, págs. 53 a 58; Gascón y MARÍN: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, págs. 240 a 241.

Según SAYAGURS LASSO (*Les établissements publics économiques en Uruguay*, en *Revue Intern. Sciences. Admves.* 1956, pág. 5), en teoría, tienen más ventajosas cualidades las formas descentralizadas que las centralizadas, sin perjuicio de lo cual, dependerá el éxito o el fracaso del factor hombre, muy importante si se tiene en cuenta que éste, bien puede sacar provecho de un mal sistema, como arruinar uno bueno.

(17) Vid. WIGNY: *Droit Administratif*, loc. cit., págs. 61 y 62.

teoría clásica, en la independencia o autonomía del Establecimiento público, que no impide que el servicio continúe sometido, en general, a la regulación jurídico pública. En este sentido, las definiciones del Establecimiento público, suelen contener referencia a su doble carácter de *servicio público* y de *gestión pública autónoma* (18), atribuyéndole los siguientes elementos esenciales:

1.º La sumisión, en general, al procedimiento de los servicios públicos. y

2.º La *personalidad* de estos establecimientos, como explicación de su autonomía, condicionada por un cierto control del poder central que origina la normación de ciertas derogaciones o especialidades respecto al régimen común de los servicios centralizados (19).

a) *El Establecimiento Público es un servicio público*

En la teoría clásica se acepta de modo unánime que el Establecimiento público, no obstante su carácter descentralizado, tiene la consideración de servicio público, y a esto obedece que la crisis de su noción jurídica haya traído consigo la del Establecimiento público, cuya organización fué concebida en los mismos moldes ius-publicistas (20).

Salvo las especialidades derivadas de su autonomía, el Establecimiento público construye la garantía del interés colectivo, en general, con los caracteres distintivos del servicio público. Y así lo considera Jéze (21) cuando expresa que estos Establecimientos, «en su origen, reglas de organización y funcionamiento, poseen los caracteres del servicio público», conforme establece su doctrina.

En tal sentido, la creación y supresión de estos Establecimientos, se regulan por las mismas normas de aplicación a los servicios públicos en general, e igualmente, los bienes, el personal, y la actividad desplegada

(18) Véase en este sentido: AUCOC: *Droit Administratif*, París, 1885, págs. 351 y siguientes; HAURIU: *Précis...*, loc. cit., págs. 302 y siguientes; GRONON: *Droit Administratif*, París, 1954, pág. 149; WIGNY: *Droit Administratif...*, loc. cit., págs. 60 a 65; CHAPPEL: *Aperçu sur les services publics paras'ataux en Allemagne Fédérale*, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1956, pág. 119; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 494; A. GENDIN: *El servicio público*, Madrid, 1944, págs. 91 a 97, etc.

(19) Vid. HAURIU: loc. cit., pág. 306 y 307.

(20) Vid. ROLLAND DRAGO: *Les crises de la notion d'Etablissement Public*. Ed. Pedone. París, 1950, págs. 38 y siguientes.

(21) Vid. JÉZE: *La notion d'établissement public*, en *Revue du Droit Public.*, vol. 37, pág. 80.

por estos organismos, adquieren la misma consideración pública, resultado de la proyección que sobre ellos realiza el *ius imperii* (22).

b) *La autonomía de los Establecimientos Públicos*

En la autonomía reside el carácter específico del Establecimiento público y, en su virtud, se le considera encuadrado entre las formas de Administración indirecta.

En la *régie* o modo de gestión centralizada, la vinculación de la organización pública (servicio) al poder público creador se realiza por una doble vía: Existe centralización desde un punto de vista *objetivo* en el sentido de que los bienes, fondos económicos y organización financiera del servicio centralizado, se integran en el patrimonio general de la Corporación. Los gastos e ingresos del servicio, son cargo y cuenta del citado patrimonio y, la contabilidad del servicio constituye un capítulo en la contabilidad de dicho patrimonio general (23). Por otra parte la centralización se manifiesta por medio de una *vinculación subjetiva*, según la cual, los agentes del servicio, no sólo tienen la consideración de funcionarios, sino que se integran en el cuerpo del ente administrativo general (24). Dependencia o vinculación objetiva y subjetiva, determinan, pues, el carácter centralizado de un servicio público.

Si, por el contrario, expresamos que el Establecimiento público es un modo de gestión descentralizado, habrá que pensar que, en él, desapare-

(22) Véase HAURIOU: *Précis.*, loc. cit., pág. 304 y 305; BONNARD: *Précis.*, loc. cit., págs. 240 y 241; GEORGIN: *Droit Administratif*. París, 1954, pág. 151; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 494 y 495; FLEINER: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 259 a 275.

En la doctrina italiana, algún sector, siguiendo al parecer un equívoco planteado por el legislador, que daba a entender que los establecimientos públicos —enti parastatali— constituyen una categoría intermedia entre los entes públicos y las empresas privadas, niegan a los entes «parastatales» la consideración de entes públicos. Algunos autores han reaccionado contra esta tendencia y, en este sentido, expresa FORTI (*Gli enti parastatali*, en Riv. di Dir. Pubblico, 1934, págs. 245 y ss.) que el que el legislador haya hecho mención de los entes parastatales, no significa argumento insuperable para demostrar que una tal categoría de personas exista en el derecho italiano como un «tertius genus» entre personas públicas y privadas, optando con él la mayoría de la doctrina por considerarlas como una subespecie dentro de las personas jurídico-públicas. (Véase también, CAMMAROSANO: *Gli enti parastatali nel diritto positivo italiano*, en Rivista di Diritto Pubblico, 1935, págs. 537 y siguientes; MAURÓ: *Sul concetto di ente parastatale*, en Rivista di Diritto Pubblico, 1928, págs. 206 y siguientes).

(23) JÉZE: *Principios...*, loc. cit., II-1, pág. 27: «...Las deudas originadas por el funcionamiento de los diferentes servicios, son deudas del patrimonio general, *sin orden ni preferencia*, análogamente, todos los créditos son créditos del patrimonio general, *sin orden ni preferencia*».

(24) Vid. BUTTENBACH: *Théorie générale des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 193: «La dependencia y el poder jerárquico—dice—, nos dan el sentido de la centralización».

ce la vinculación objetiva y subjetiva con el poder público creador, subrogándose en su lugar la idea de autonomía, y, de este modo, *autonomía objetiva* y *autonomía subjetiva* constituirán los supuestos fundamentales de la descentralización por servicios y, por ende, del Establecimiento público.

a') *Autonomía objetiva*

El Estado, la Provincia o el Municipio, desglosan una parte de su patrimonio general y crean en el Establecimiento público un círculo de competencias relativas a la gestión de dicho patrimonio. Consiguientemente, se otorga al Establecimiento personalidad jurídica y, en tal sentido, se suelen utilizar indistintamente las expresiones Establecimiento público y servicio público personalizado (25).

Se ha discutido en la doctrina si existe en el Establecimiento público propia y verdadera personalidad y si en ella reside la especialidad de este modo de gestión; o resulta insuficiente para determinar su concepto.

La personalidad jurídica, generalmente, se otorga a virtud de ciertas condiciones especiales, extrañas al Derecho, que reúnen los entes a los que conviene. La consecuencia principal de dicho otorgamiento consiste en la capacidad de obrar que tales entes adquieren para realizar sus fines.

1.º En cuanto al primer supuesto, esto es, el relativo a las condiciones exigidas como presupuesto previo al otorgamiento de la personalidad, no hace al caso traer a colación toda la problemática doctrinal habida en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica. Teorías realistas y teorías de la ficción, han aportado soluciones al caso que nos ocupa.

Si consideramos como requisito necesario, previo al otorgamiento de la personalidad jurídica, la existencia de un «substratum» sociológico o material, sería difícil concebir el Establecimiento público con propia y verdadera personalidad. Según Waline (26), la persona jurídica constituye un «centro de intereses socialmente protegidos». Se estima que esta condición que en el Estado o en las sociedades mercantiles o civiles existe, no se da en el Establecimiento público, por ser éste un servicio públi-

(25) «Partiendo de la teoría de la personalidad moral, la característica del sistema de la descentralización es que el Estado crea en su seno personas morales distintas, llamadas personas morales de derecho público, a las que confiere algunas atribuciones, derivadas de las atribuciones de los órganos de la persona moral del Estado». (Vid. G. Tsoursos: loc. cit., pág. 275).

En el mismo sentido, HAURIU: *Etude sur la décentralisation*. París, 1892, pág. 37; MICHOUD: *La théorie de la personnalité morale*. 2.ª Ed. puesta al día por Trottabas, t. I. páginas 336 y ss.

(26) Vid. WALINE: *Manuel...*, 4.ª Ed. 1946. París, pág. 154.

co que realiza prestaciones a un grupo, pero que no puede decirse que constituya un grupo de personas ligadas por intereses comunes (27).

La tesis formalista y la teoría de la ficción, superan la concepción de la teoría realista sobre la personalidad jurídica del Establecimiento público y, en general, de los entes sobre los que se realiza la descentralización por servicios. Es indudable que la personificación es una respuesta más a una de las muchas exigencias que la vida social plantea al Derecho. Hay veces en que el otorgamiento de la personalidad está preordenado o impuesto, por así decirlo, por la propia realidad extrajurídica. Pero la personalidad es, a su vez, un medio de la técnica jurídica y, en tal sentido, habrá veces que su otorgamiento pueda ser debido al impulso de móviles distintos a aquellos que la dieron origen y se lleve a cabo prescindiendo de toda realidad sociológica anterior, como si tal realidad existiese, porque se estima conveniente. Y, a resultas de ello, puede nacer una ficción de persona que, si en sentido material se halla desprovista de aquel elemento interno, desde el punto de vista formal ofrece una indiscutible realidad en la vida del Derecho (28).

En este sentido, Buttgenbach dice que el Estado considera siempre la personificación como un medio de la técnica jurídica que le permite asegurar una gestión particular en determinados servicios (29). Berthélemy considera que el otorgamiento de la personalidad a los Establecimientos públicos, se inspira en razones de comodidad (30), y Rolland Drago (31) dice que no es posible considerarlos personas jurídicas sino en la forma.

2.º En segundo lugar, se establece que el efecto primordial de la personificación consiste en la adquisición de la capacidad de obrar necesaria

(27) Véase en este sentido ROLLAND DRAGO, loc. cit., pág. 54.

No obstante hay autores como MICHOUD que ven en los beneficiarios del establecimiento público (los enfermos del hospital, los pobres del centro de beneficencia, etc.) un grupo o unidad distinto de los individuos, propietario del patrimonio del establecimiento (*Théorie de la personnalité morale*). GARRIDO FALLA no encuentra inconveniente en afirmar que algunos establecimientos públicos, contrariamente a aquellos entes en que se realiza la descentralización funcional, son verdaderas fundaciones, *formal y materialmente* (loc. cit., págs. 131 y 133).

BUTTGENBACH critica la actitud de MICHOUD diciendo que el establecimiento público tan sólo posee una cierta capacidad para la gestión de un patrimonio, que, porque haya dejado de integrarse en el complejo patrimonio general, no deja por ello de ser patrimonio del Estado, de la Provincia o del Municipio. (Vid. BUTTGENBACH: *Théorie des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 181).

(28) Vid. GARRIDO FALLA, loc. cit., págs. 106 y ss.

(29) *Théorie des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 179

(30) *Traité élémentaire...* 13.ª Ed., 1933, pág. 29: «Se ha encontrado más cómodo—dice—conceder la personalidad moral a ciertas subdivisiones de los servicios generales, e igualmente a ciertos servicios especiales...».

(31) *Les crises...*, loc. cit., pág. 54.

a la realización de los fines del Establecimiento, y, en tal sentido, se considera que el Establecimiento público adquiere la personalidad jurídica, porque con él se crea un patrimonio especial y se otorgan los poderes necesarios a la gestión de dicho patrimonio (32).

Esos poderes de gestión, sin embargo, no permiten afirmar que exista en el Establecimiento público capacidad jurídica tal como se predica de las Sociedades privadas. El Establecimiento público es una forma de Administración indirecta, y, como en toda descentralización, existe una traslación, no de derechos, sino de *competencias* de los órganos de la Administración directa en favor de estos servicios descentralizados.

Según Garrido Falla «la superación de los puntos de vista jurídico y administrativo de la descentralización, se encuentra en la unidad del concepto jurídico-administrativo de la *competencia*» (33). Y así, explica que, aun cuando desde un punto de vista subjetivo debe hablarse de capacidad jurídica de estos entes, desde un punto de vista objetivo, cabe perfectamente hablar de competencias, pues que *órganos indirectos*, en definitiva, del Estado, han de ajustar su actividad, en cuanto indirectamente es de aquél, a los moldes y límites del criterio de las competencias (34).

Desde otro punto de vista, y como quiera que el Establecimiento público encuentra limitada su capacidad a tenor del principio de *especialidad* al que se encuentra sometido, según el cual, no deberá poseer más facultades o poderes que los necesarios a la realización de su fin (35), se establece que esta *especialidad*, de absoluta esencia en su definición, es la que determina el alcance y límites de la competencia del Establecimiento público (36).

(32) Vid. BUTTGENBACH, loc. cit., pág. 175.

(33) Vid. GARRIDO FALLA, loc. cit., págs. 20 y 92. En el mismo sentido DR VALLES: *Teoría jurídica dell'organizzazione dello Stato*. Padova, 1931.

(34) Vid. GARRIDO FALLA, loc. cit., pág. 100: «Una administración pública—sigue diciendo— debe considerarse centralizada cuando predomine la adscripción de la realización de los fines directos e indirectos del Estado como *competencias* específicas de órganos de la Administración directa del Estado. Será descentralizada cuando predomine la adscripción de la realización de dichos fines a las *competencias* de otras personas jurídicas distintas del Estado... La verdadera descentralización supone siempre una traslación de *competencias* de la Administración directa a la indirecta del Estado» (loc. cit., págs. 101 y 103).

(35) En este sentido ROLIN: *Etablissements publics et d'utilité publique*, en *Repertoire pratique de Droit Belge*, núm. 86; VAUTHIER: *Droit Administratif*, Ed. 1950, págs. 105 y 272.

(36) Vid. GARRIDO FALLA, loc. cit., pág. 162. En este mismo sentido dice CANTUCCI (*L'attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1942, pág. 67): «El ordenamiento jurídico atribuye, en efecto, al Estado y a las personas jurídico-públicas, la capacidad jurídica, limitándola con la determinación de su finalidad. El fin determina por ende el ámbito dentro del cual puede desarrollarse su actividad. Cuando la Administración exorbita este ámbito, sus

Y, así considerado, el Establecimiento público, desde el punto de vista de su autonomía objetiva, posee un círculo de competencias determinadas por la especialidad de su fin, a cuya realización se encuentra afecto un patrimonio especial.

b') *Autonomía subjetiva*

El problema que se plantea a este respecto es si, reconocida la autonomía financiera del Establecimiento, en su cualidad de persona jurídica, y la consiguiente independencia de los poderes de gestión, los agentes del Establecimiento público deben considerarse vinculados o autónomos del poder jerárquico en cuya esfera se colocan por su condición de funcionarios públicos y, en tal sentido, cual sea el alcance y limitaciones, en su caso, de su poder de decisión (37).

La considerable proliferación de personas jurídico-públicas que se opera en casi todos los Estados modernos, reconviene la necesidad de atajar los peligros consiguientes a una falta de coordinación adecuada de las fuerzas independientes, en aras de mantener la *unidad*, principio básico de toda organización administrativa. Las entidades descentralizadas, dice Garrido Falla, realizan una función de la que, en último término no debe desentenderse el Estado, pues, si a él están referidas como formas de Administración indirecta, conviene establecer en todo momento su necesario enlace con la Administración directa del Estado.

A dicho fin, se estima, en general, que en toda descentralización de

actos no están adheridos al fin público que debe perseguir, determinando así, una incapacidad jurídica, que coincide con un fenómeno de *incompetencias*».

Dice EISENMANN que «si se mira la operación (se refiere a la descentralización) desde el punto de vista del jefe de la Administración preexistente, de la que se desglosa el servicio, tal representa para él una amputación de su competencia material. Quedará él así más especializado que antes... Hasta aquí—digo—se parece mucho al aumento de Ministerios, por la escisión en dos de un Ministerio preexistente. La diferencia estriba en que en la descentralización por servicios la actividad separada es bastante limitada... Se la puede considerar como una actividad especial, y no un conjunto de actividades diversas. Este es el carácter *especial* y también el carácter *técnico* del sistema. Por otra parte se supone que la Autoridad directriz no es un Ministro o un Alcalde, sino un *técnico* o un Colegio de *técnicos* o de especialistas... ¿Cómo caracterizar jurídicamente su naturaleza?—concluye—. Es en suma un reparto de competencias materiales» (véase EISENMANN: *Centralisation et décentralisation* París, 1948, págs. 26 y 27).

(37) Según BUTTGENBACH: (*Théorie des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 193), el sentido restringido de la personalidad del establecimiento público no es dato suficiente para considerarlo como una forma de descentralización por servicios. Es preciso además, considerar la autonomía de sus agentes respecto del Poder Central.

viene necesario un control del poder central (38), y tal es la necesidad de esa conexión o control, que en algún sector de la doctrina se ha considerado el Establecimiento público como una forma de Administración directa (39), fundado en la exigua caracterización de su personalidad jurídica, referida casi exclusivamente a la autonomía financiera, y en la inquestionable dependencia del organismo respecto de la Administración general (40).

Pero si partíamos del supuesto de que el Establecimiento Público es un modo descentralizado de gestión y, en síntesis, hemos expuesto la función que ésta realiza, la idea de autonomía que preside su noción, deberá extenderse al campo subjetivo. Desde luego, la autonomía subjetiva de los agentes descentralizados debe ser restringida y, si no es posible entenderla en sentido amplio, existe en el caso que nos ocupa un problema de apreciación de límites entre los que oscile la dependencia del poder público creador y, en tales límites podrá establecerse el criterio de la centralización y la descentralización (41).

La doctrina clásica estableció un criterio de carácter negativo, según el cual, los agentes públicos serían descentralizados cuando no existiese dependencia jerárquica respecto del poder público creador (42). Este cri-

(38) Según BONNARD, en la descentralización, una o varias atribuciones del Estado se separan de una Autoridad superior para ser deferidas a un órgano inferior que se encarga de cumplirlas y que, por ello, recibe una cierta independencia, quedando, por lo demás, sometido al control de la Autoridad superior (*Précis élémentaire de Droit Administratif*, París, 1926, págs. 66, 67 y 171 y ss.).

(39) Véase ROLLAND DRAGO, loc. cit., pág. 53; BONNARD: *Précis...*, 4.^a Ed. 1943, pág. 686, dice: «Los servicios gestionados directamente por la Administración poseen una modalidad que consiste en que el servicio tiene un patrimonio propio». También GARCÍA OVIÑO: *Derecho Administrativo*, 1953, pág. 220.

(40) Vid. DRAGO, loc. cit., pág. 51: «La subordinación de los establecimientos públicos a las Autoridades Administrativas se manifiesta por una dependencia funcional «vis a vis» de estas Autoridades; pero existe sobre todo en razón a una dependencia personal... Los órganos del Poder público ejercen sobre estos agentes un poder jerárquico, idéntico al que ejercen sobre los funcionarios pertenecientes a los departamentos de la Administración».

(41) Vid. JÉZE: *Cours de Droit Public. Le fonctionnement des services publics*, París, 1923, pág. 127: Según este autor la descentralización comporta muchos grados de autonomía; cuya variedad obedece al grado de control administrativo, y, así, por ejemplo, un organismo en el que todos sus actos queden sometidos a aprobación superior, no comporta más que un débil grado de autonomía. A la inversa, si tan sólo se concede al Poder Central un poder de anulación por motivos de legalidad, los agentes descentralizados, disfrutarán de un gran grado de independencia. En todo caso, dice, el control de los organismos descentralizados, se diferencia grandemente del poder jerárquico, que caracteriza los agentes descentralizados.

(42) Según EISSENMANN, para la doctrina francesa no hay más que una alternativa simple: centralización o descentralización. La doctrina clásica considera descentralización todo lo que no es centralización, basada en el criterio de la existencia o inexistencia del Poder jerárquico... Pero ¿sería bastante decir que la doctrina clásica «define» la descentralización simplemente por

terio, se traduce modernamente con un sentido positivo en el que se conjuga la autonomía de gestión de los agentes descentralizados con la idea del control público ejercido por la Administración directa. Según este criterio, existe descentralización cuando el organismo posee el poder de decisión (43), oponible al poder público creador, ejercido en nombre del Establecimiento, que escapa al poder jerárquico y queda sometido solamente a los límites de la *tutela* ejercida por dicho poder público (44).

«Es en la autonomía o poder de decisión—expresa Buttgenbach—, limitada por el simple poder de tutela, donde se encuentra el criterio de la descentralización, en tanto que la dependencia y el poder jerárquico nos dan el criterio de la centralización» (45). El Establecimiento público, pues, es, respecto del servicio público, *un modo descentralizado de gestión*, o sea, una entidad jurídica pública que posee un círculo de competencias determinadas por la especialidad de su fin, a cuya realización se encuentra afecto un patrimonio especial, y cuyos agentes poseen, frente al po-

la ausencia del poder jerárquico de la Autoridad Central? En tal caso, sería irremisiblemente condenada; habría pretendido construir un tipo desde un punto de vista puramente negativo. (*Centralisation et décentralisation*. París, 1948, págs. 156 y 157). Partidario de este criterio negativo se puede considerar a Jéze, para quien la característica de los agentes descentralizados se encuentra en que no están comprendidos dentro de la jerarquía (*Les principes généraux du Droit Administratif*, 3.^a Ed. 1926, t. I, págs. 126 a 129).

(43) «El sistema de la descentralización es—según Tsoutsos— aquel según el cual el cumplimiento de las tareas administrativas es atribuido en cierta medida a organismos autónomos que realizan esta obra por órganos propios dotados de *poder de decisión*» (loc. cit., pág. 273).

(44) MASPERIOL y LAROCQUE definen la tutela como «el conjunto de poderes limitados acordados por la Ley a una Autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, con el fin de proteger el interés general» (*La tutelle administrative*, París 1930, pág. 10). VILLAR PALASI (*La actividad industrial*, en Revista de Admón. Pública, 1950, pág. 105) la define como «actividad de la Administración matriz para asegurar la sumisión de los entes descentralizados de modo que su personificación jurídica no implique una total independencia de derecho». EISENMAN se rebela contra este criterio: «Contrariamente a la opinión de la doctrina—dice—nos parece imposible integrar en la noción misma de la descentralización ningún poder de ninguna Autoridad Central... Nosotros no pretendemos con esto que sea incompatible con la descentralización el que la Autoridad Central tenga ciertos poderes sobre las Autoridades descentralizadas... Esta no es la cuestión... Lo que pasa es que la tesis francesa hace que estos poderes sean incluidos en la idea misma de descentralización. Es esto último lo que consideramos insostenible... Los poderes de control, manifiestan la presencia de la centralización en la descentralización... Pero estos poderes, no sólo son compatibles con ella, sino que se presentan en toda descentralización real» (loc. cit., págs. 158 y ss.).

(45) Vid. BUTTGENBACH: *Théorie des modes de gestion*, loc. cit., pág. 193. Es esta misma idea por lo que MASPERIOL y LAROCQUE dicen que: «Para que haya descentralización es preciso que los representantes de la persona moral posean poderes efectivos en la gestión del servicio... que ciertas decisiones necesarias para el funcionamiento del servicio, sean de la competencia del órgano administrativo, y que, por tanto, las decisiones así tomadas tengan un valor jurídico propio». (*La tutelle administrative*, loc. cit., págs. 20 y 21).

der público creador, el poder de decisión sometido a los límites de la tutela administrativa.

Esta sumisión al control o supervisión del poder central, que por vía general se determina en el régimen de tutela, constituye el origen de las especialidades que en el régimen jurídico de los Establecimientos públicos se observan, en contraste con el régimen de los servicios públicos centralizados, sin que sea posible, por variar según los casos la dependencia del poder central, determinar, con pretensiones de sistema, un régimen uniforme de todos ellos en el que se concreten sus posibles especialidades (46).

B) CARÁCTER PRIVADO DEL TITULAR DEL SERVICIO PÚBLICO

a) *Descentralización y colaboración particular*

Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, afirma Jéze (47), con frecuencia, se solicita la colaboración de los particulares o se acepta la colaboración ofrecida por ellos, pues resulta necesaria o útil para asegurar la continuidad y la regularidad del servicio.

Es nuestro propósito destacar la singular importancia de tal afirmación, no por lo que en sí misma pueda representar, sino porque vemos en ella expresión de un fenómeno trascendente, cual es, la necesidad de la colaboración particular a la acción administrativa.

Un principio de economía individual aconseja siempre que el hombre, el individuo, no debe dar en administración aquellos de sus intereses cuya satisfacción pueda o deba lograr por sí mismo, y tal se justifica, no sólo por razones económicas, sino también por razones técnicas, en virtud de las cuales, una administración simplificada constituye, por regla general, un presupuesto de buena administración.

Trasladados esos supuestos elementales al campo de la Administración Pública, observamos que tienen plena efectividad en el desarrollo de la acción administrativa: El Estado, de una parte, y la Sociedad, con la fuerza natural que en su seno produce la iniciativa privada, de otra, representarán los respectivos papeles del administrador y del individuo.

1.º Si situamos la escena a fines del siglo XVIII y principios del XIX, observaremos que el Estado liberal pecó por defecto construyendo una Administración harto insuficiente. La concepción individualista del Estado de Derecho redujo considerablemente los fines del Estado y, con un

(46) Véase una exposición de los caracteres especiales más comunes en BONNARD: *Précis de Droit Public.*, loc. cit., págs. 240 a 242.

(47) Vid. JÉZE: *Cours de Droit Public*, París, 1923, pág. 154.

círculo de incumbencias perfectamente limitado y restringido, quedó el Estado situado frente al individuo en órbitas diferentes.

Esta dualidad—Estado e individuo—fundada en un principio de separación de fines, permitió la elaboración de un régimen de Derecho público contrapuesto al Derecho Privado. El Régimen administrativo, por entonces, se crea y mantiene sobre la distinción de esas dos categorías de Derecho, considerablemente facilitada por el carácter restringido de la Administración de aquella época.

En general, el principio de la colaboración permanece oculto. No se concibe entre Administración y particular más que relaciones de subordinación y sometimiento. En estas circunstancias, y para evitar que la Administración pueda producirse con abuso de poder, franqueando los límites legales impuestos por la realización de sus propios fines, surge el contrapeso de ese poder en la nueva concepción del régimen administrativo fundado en la idea de servicio público.

Así nace el servicio público con el sentido de una obligación que se impone a los gobernantes y, en esencia, constituye el fin o, mejor aún, el compendio de fines de la actividad administrativa. La soberanía, concebida como el ejercicio de un derecho originario, se convierte en un derecho condicionado y, de esta suerte, se construye por vez primera, referida al Estado, la avanzada de una nueva concepción de derecho-función, que, siguiendo un curso arrollador, en nuestros días tiende a abatir todos los vestigios que la concepción liberal dejara, aun en las más recónditas esferas de acción individual.

La nueva concepción del régimen administrativo, permite una ponderación equilibrada de las nociones de poder público e interés colectivo, en razón al valor de *medio* que se confiere a dicho poder y, en tal sentido, el régimen administrativo queda conformado sobre los siguientes elementos fundamentales:

- a) El *poder administrativo*, concebido como un medio.
- b) El *servicio público*, en cuyo seno se produce la aplicación del medio (poder) para satisfacer un *fin de interés colectivo*. Y
- c) La *jurisdicción administrativa*, cuya función es velar por la exacta correspondencia entre medio y fin (48).

Que el Estado liberal no admitiera el principio de la colaboración particular, se explica en razón de los fines de la Administración y de la especial naturaleza de la actividad desarrollada para su cumplimiento. Se trata de los fines que tradicionalmente son considerados esenciales, permanentes o indispensables, que constituyen el mínimo de interven-

(48) Vid. B. GENY: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París Sirey, 1930 págs. 24 y 25.

ción del Estado en toda época y lugar (49). Se corresponden con una exigencia mínima del ente colectivo y, con su realización, se satisface una necesidad del Estado mismo en cuanto tal. Los servicios que atienden a la realización de estos fines son necesarios, primordialmente, porque, como expresa Hauriou, aseguran la empresa del poder minoritario del Gobierno frente al poder mayoritario de la Nación (50).

Todo ello determina que ninguna concepción cierre sus puertas tan herméticamente a la colaboración particular como la del régimen liberal.

2.º La Administración que el Estado liberal instaura, por lo que entraña de simplicidad, debería constituir un ideal de buena administración y, sin embargo, nada más lejos de la realidad.

Ya en los últimos años del siglo XIX se advierte que los principios liberales, cuyo ejercicio se niega al Estado condicionando el uso de su potestad imperativa, continúan vigentes en el orden individual y social y, en unos pocos años, han ocasionado tan inconmensurable aumento de necesidades e intereses colectivos, que otro igual no se conoce en la historia de la civilización. Es el gran éxito de la Revolución de 1789, que produce una cosecha abundante y rápida.

Pero la compleja interdependencia que a su dictado se crea en todos los órdenes de la vida social, exige e impone una normativa y administración adecuadas de los nuevos intereses colectivos (51). El Estado despierta súbitamente y, ante las nuevas y complejas realidades, se ve compelido a usar de los medios tradicionales con que cuenta, produciendo una intervención que, no obstante ser necesaria, constituye, por su falta de acomodación, un inevitable y antipático freno al impulso de las fuerzas sociales (52).

Las aguas agitadas tienden a la calma. Una administración inconveniente y costosa, impuesta por las circunstancias, ha de tender, de segu-

(49) En este sentido, ORESTE RANELLETI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Milano, 1948, págs. 55 y ss.; GASCÓN HERNÁNDEZ: *Los fines de la Administración*, en *Revista de Admón. Pública* núm. 11, pág. 33; SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Político*, 9.ª Ed., Madrid, 1913 págs. 130 y ss., etc.

(50) Vid. GENY: loc. cit., pág. 36.

(51) Vid. WAUTHIER: *La participation des entreprises privées a l'action administrative en Belgique*, en *Revue du Droit Public*, 1954, págs. 1.025 y 1.026.

(52) Según POSADA: «La extraordinaria y creciente extensión de la esfera de acción del Estado ha determinado la creación y estructuración de numerosos servicios públicos y la organización de una gran burocracia absorbente, provocando, además, el fenómeno enfermizo, peligroso, de la congestión del Gobierno. El remedio, o si se quiere, la *reacción* a la vez espontánea y reflexiva, contra el fenómeno de la expansión absorbente y de la concentración intensiva—congestiva—de la acción del Estado, manifiéstase en los diversos movimientos de desintegración de las funciones administrativas, en consonancia con la diferenciación, cada vez más especializada, de los servicios públicos». (Vid. *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 288).

ro, a simplificarse conforme las circunstancias lo permitan. Por ello, ante el aumento de las incumbencias públicas, que ocasiona la intervención del Estado en la realización de los fines sociales, adquiere singular virtualidad el pensamiento de Hauriou y de nuestro Santamaría de Paredes, expuesto en el cap. II de este trabajo. «Es preciso—dice Hauriou (53)—penetrar en la necesidad de un equilibrio entre la masa de los servicios públicos y la de las empresas privadas, y determinar las condiciones de este equilibrio. Estoy persuadido—dice—de que sería posible llegar a evaluar en fracciones la proporción respectiva de las dos masas, necesaria para que el organismo social funcione con la máxima perfección posible».

El Estado, en estas nuevas circunstancias, no puede permitirse una centralización total de servicios. Desde el día en que, realizando estos fines sociales, se convierte en gestor de la colectividad, ve la conveniencia y la necesidad de asociarla en dicha gestión. Y, así, al par que se extienden las manifestaciones del servicio público, se produce como reacción o movimiento de reflujo, la descentralización y, con ella, un ambiente favorable a la colaboración de los particulares (54).

Tanto con la descentralización como con la colaboración, el Estado, reservándose dirección o control, deja resbalar paulatinamente a favor de la colectividad el ejercicio de la acción administrativa, interesando a las colectividades menores y a los particulares en su desempeño (55). Ambas, descentralización y colaboración, deben su existencia a la defensa del interés social prevalente, con su fuerza conformadora del equilibrio entre los intereses colectivos e individuales.

En la evolución conceptual que, entre los extremos de libertad e intervención, trazan las distintas manifestaciones del servicio público, se advierte la realidad de ese principio informador. La misma noción de servicio público, concebido como medio de suplir una iniciativa privada defectuosa, muestra el sentido restrictivo de la garantía pública, que, por estar condicionada a la sola realización de esa insuficiencia, debe establecerse procurando, en todo instante, el máximo de garantías con el mínimo de intervención. En la descentralización por servicios, el Estado declina la gestión de una actividad cuya realización centralizada puede resultar costosa, inútil y perjudicial. Y, finalmente, en la colaboración particular, nos encontramos de un modo palpable e indubitado el reconocimiento del carácter excepcional de la intervención, al cederse a los particulares las riendas del servicio público.

(53) Vid. HAURIOU: *Précis...*, 10.^a Ed., pág. 33.

(54) Véase JORDANA DE POZAS: *Ensayo de una teoría de la acción de fomento en el Derecho Administrativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, tomo XXVIII, pág. 41; WALINE: *L'individualisme et le Droit*, París, 1949; WAUTHIER, loc. cit., págs. 1.051 y 1.052.

(55) Vid. FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 513 a 529.

El sistema de los servicios públicos, pues, se encuentra dominado por la influencia de dos trayectorias opuestas: Centralización por un lado, y descentralización y colaboración, por otro, cuya distinta intensidad, considera Posada (56), está íntimamente relacionada con la complejidad de los fines del Estado. A un mayor número de incumbencias públicas debe seguirse más descentralización y, consiguientemente, más colaboración (57).

Por colaboración debe entenderse el ejercicio de una actividad pública por organismos privados que no se integran en la organización pública general. Se precisa, según Fraga (58), en instituciones colocadas entre los límites del Derecho público y el Derecho privado, que descargan a la Administración de un gran número de tareas, sin atenuar de manera apreciable su energía y autoridad sobre los administrados, debido fundamentalmente a una necesaria conexión que, en todo caso, exige el reconocimiento de las siguientes facultades a favor del poder público:

- 1.º Una autorización concedida a los entes llamados a colaborar como requisito previo, y
- 2.º Un control y vigilancia para mantener la colaboración dentro de los límites legales.

b) *La colaboración particular en la gestión del servicio público*

Expresa Gascón y Marín (59), que quienes ejercitan funciones de colaboración, sean personas físicas o jurídicas, no asumen la cualidad de órganos de las Entidades públicas, sino que son simples particulares; su actividad no se explica en nombre o con la representación de una Administración Pública, sino en nombre propio, y tanto menos constituyen, por sí mismos, una Administración Pública.

No obstante, esto sentado, existen modos de gestión del servicio público en los que, establecida la colaboración de un particular, éste, sin dejar de ser considerado como simple particular, no adquiere plenamente el «ius gestionis» del servicio, asumiendo una débil posición con la que no alcanza la consideración de titular o Empresario, y, en cierto modo, podría decirse que actúa por cuenta de la Administración que crea, organiza y controla el servicio. El servicio público, en estos casos, viene a ser como una instalación o fuente de ingresos de una corporación pú-

(56) Vid. POSADA: loc. cit., pág. 291.

(57) Según HAMBROU (*Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. española 1927, págs. 274 y 275) centralización y descentralización no son dos principios que se excluyen, sino que deben ser considerados para que recíprocamente se sirvan de contrapeso.

(58) Vid. FRAGA, loc. cit., págs. 523 a 529.

(59) Vid. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado...*, loc. cit., pág. 367.

blica, la cual cede su explotación, en todo o en parte, a un extraño. Pueden estimarse comprendidos en esta consideración el arrendamiento y la administración interesada.

a) *Arrendamiento*

Existe cierta coincidencia estructural entre esta forma de gestión y su homónima en Derecho privado. Ello explica que, a sabiendas de los inconvenientes a que conduce el equiparar las instituciones del Derecho público y del Derecho privado, Albi afirme que, subsidiariamente a todo lo que no esté expresamente pactado, podrían ser de aplicación los preceptos del Código Civil (60).

El arrendamiento de servicio público puede ser conceptualizado en la doble perspectiva de *arrendamiento de cosas* y *arrendamiento de servicios*. En el primer caso, el objeto de la locación es la instalación a que antes hemos hecho referencia. El particular será arrendatario y, la Corporación Pública, por tanto, tendrá derecho a percibir del particular un canon o estipulación fija, en tanto que éste, percibe los beneficios que obtiene del servicio.

Se diferencia perfectamente esta forma de la concesión del servicio público, pues, en esta última, el particular aporta los elementos de la explotación mientras que en el arrendamiento es simplemente un arrendatario de dichos elementos. Además la concesión no es para la Administración una fuente de ingresos, siendo esencial en el arrendamiento, por el contrario, la percepción de unas tasas fijadas como precio del mismo.

En el *arrendamiento de servicios* el objeto de la locación no es la instalación de un servicio público, sino los servicios que el particular presta a la Administración con ocasión de aquél. La Administración, pues, es arrendataria de los servicios que un particular le presta, y viene en la obligación de pagar un canon estipulado al particular arrendador; si el servicio es remuneratorio, puede estipularse a veces, que, conjuntamente a aquella asignación fija, perciba el particular los beneficios que del servicio puedan derivarse (así v. gr. en el servicio de recogida de basuras el particular arrendador obtiene, o puede obtener, un beneficio de la elaboración y venta de las mismas).

Tampoco debe confundirse esta forma con la concesión de servicio público, ya que el particular no percibe de los usuarios, como sucede en la concesión, remuneración alguna en forma de tarifas, sino que, precisa-

(60) Vid. ALBI: *Los modos de gestión de los Servicios Municipales*, loc. cit., pág. 870.

mente, de existir éstas, serían liquidadas directamente por la propia Administración.

b') *La Administración interesada*

Según Macar (61) es la Administración interesada un procedimiento intermedio entre la Administración directa y la concesión. En este procedimiento, expresa el mismo autor, la gestión del servicio es compartida entre el poder público y un gestor que se encarga de su explotación. El gestor está interesado en la buena marcha del servicio por cuanto que, junto a una remuneración fija que puede estipularse, percibe siempre una parte proporcional de los beneficios y, de ahí su nombre de gestión interesada.

Según Albi, esta institución se encuentra recogida en nuestro Derecho patrio en la *gestión afianzada* que regula el artículo 706 de la Ley de Régimen Local referente a la recaudación de impuestos. En el párrafo segundo, apartado e) de este precepto, se hace constar la participación proporcional en los beneficios, característica fundamental de este modo de gestión. En el párrafo cuarto, el carácter de funcionario del gestor, con la salvedad de que su retribución no se computará a efectos pasivos. Y, finalmente, en el apartado a) del párrafo segundo, se recoge un precepto relativo a la cantidad mínima garantizada por el gestor, que entraña la eliminación del riesgo para la Administración. No obstante, es regla general, fuera de nuestra Patria, que los riesgos los asuma la Corporación pública de la que depende el servicio.

Sobre cuál sea la naturaleza jurídica de la relación entre Administración y gestor, se alega por algunos que existe un *mandato*. Macar califica al gestor como mandatario interesado. Pero si, como hemos visto, el particular, aunque restringida, adquiere la condición de funcionario público, y, fundamentalmente, se trata de un modo de gestión de un servicio público, no debe buscarse en las instituciones del derecho privado la naturaleza específica de esta relación.

Tampoco es posible conceptuarla como arrendamiento, porque en la Administración interesada no existe una remuneración de carácter fijo como regla general, sino que, por el contrario, su especialidad estriba en una participación proporcional de beneficios.

Quizás, la institución que en derecho privado se asemeje más a la Administración interesada, sea la *aparcería*. En ella se dan las dos notas fundamentales de gestión de Empresa ajena y participación en benefi-

(61) Vid. MACAR: *Les institutions communales de la Belgique*, Liège-Bruxelles, 1932, pág. 362.

cios. Pero, sin embargo, la opinión prevalente considera afecta la aparcería a las normas del contrato de sociedad (62), y no es posible admitir la existencia de una sociedad entre el gestor interesado y la Administración (63). En realidad, la Administración interesada es una *forma especial* de adscripción de un particular a una función pública.

c) La concesión de servicio público

Es la concesión de servicio público, una fórmula mixta de descentralización y colaboración. Su carácter descentralizado le vale el ser considerada, en algún sector doctrinal, como una forma de Administración indirecta (64). No obstante, se diferencia del Establecimiento público, fundamentalmente, por el carácter privado que, en la concesión, ostenta el titular del servicio, y, se distingue de las otras formas de colaboración examinadas, fundamentalmente, por el hecho de que el concesionario es empresario del servicio, actúa por propia cuenta y aporta los elementos materiales objeto de su instalación.

En general, la concesión, como su mismo nombre indica, significa acto de conceder; otorgamiento o merced de algún beneficio de carácter público realizado por la Administración a favor de un particular (65). Así concebida, la concesión es una institución general que trasciende a la consideración escueta de concesión de servicio público. Villar Palasí, en su estudio sobre «*concesiones administrativas*», defiende la unidad de la idea concesional en la que, a través de un proceso histórico, se han ido conformando sus diferentes modalidades, tales como la concesión dema-

(62) El artículo 1.579 del Código Civil expresa que el arrendamiento por aparcería se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. En la doctrina está muy extendido el reconocimiento del carácter societario de la aparcería. (Vid. CASTÁN: *Derecho Civil*, Madrid, 1941 págs. 280 y ss. y PÉREZ TELEDOR y SERRANO MORENO: *Arrendamientos Rústicos*, Gerona, 1951, págs. 573 y ss.).

(63) Véase GIRÓN TENA: *Las Sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, pág. 31.

(64) ALVAREZ GENDIN liga la noción de Administración directa e indirecta a los modos de gestión de los servicios públicos, incluyendo la concesión entre las formas indirectas (*El servicio público*, Madrid, 1944, págs. 5, 7 y ss.). Según Kelsen consiste la Administración indirecta en aquellas prestaciones realizadas por los particulares, siendo Administración directa la que realiza el Estado por medio de sus órganos (cit. por CARRIDO FALLA: *Administración indirecta y descentralización funcional*, loc. cit. págs. 11 y ss.).

(65) Según VILLAR PALASÍ (*Las concesiones administrativas*, pág. 687). «El procedimiento de la concesión se traduce en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, la investidura de una función pública. A través de la concesión, el Estado actúa hoy su misión de conformar la realidad social circundante, paliando por su medio el «horror abissii» que una socialización a ultranza comporta de suyo».

nial, la concesión de servicios y, modernamente, la concesión industrial, denominación, ésta última, justificada por el autor, que considera impropio asignar el carácter de servicio público a la actividad industrial del Estado (66).

En particular, la concesión puede ser definida, siguiendo a Bonnard (67), como un modo de gestión de un servicio público en el que un particular, llamado concesionario, adquiere el compromiso con la autoridad administrativa concedente, de organizar y hacer funcionar el servicio público por un tiempo determinado, percibiendo, en contraprestación, remuneraciones de los usuarios y, en ocasiones, ciertas subvenciones de la Administración.

La concesión de servicio público pertenece a la categoría de las concesiones *traslativas*, esto es, aquellas en que, junto al otorgamiento, se produce una traslación de poderes o facultades administrativos en favor del concesionario, pues, como indica Hauriou (68), aparte la gestión del servicio, que crea a su favor un derecho de disfrute sobre bienes de dominio público (condición que adquieren las instalaciones del servicio), ejerce además, en nombre de la Administración concedente, ciertas facultades del poder público frente a terceros, tales como la facultad de expropiar, el ejercicio del poder de policía del dominio público, y el derecho a percibir de los usuarios el importe de una tasa, que no precio contractual (69), etc. Como contraprestación, pesan sobre el concesionario, determinadas obligaciones de carácter público frente a la Administración, cuyo cumplimiento se hace preciso contrastar mediante el derecho de control, que aquella se reserva ejercer sobre el concesionario durante la vigencia de la concesión (70), control susceptible de ser modificado en

(66) «Constituiría un error radical—dice este autor—prescindir de los positivos logros constructivos por el prurito de extender el concepto a las nuevas actividades de la Administración con el sólo objeto de pretender salvar formalmente la vieja sistemática; por otra parte el sacrificio sería estéril, pues en definitiva, tal extensión del concepto de servicio público, hecha a costa de prescindir de los límites que lo han definido dialécticamente, implicaría vaciarlo de significado, con lo que ya no se calificaría de contenido alguno ese nuevo objeto que trata de incluirse». (*Las concesiones administrativas*, loc. cit., pág. 603).

(67) Vid. BONNARD: *Précis...*, loc. cit., pág. 243.

(68) Vid. HAURIOU: *Précis...*, 1921, pág. 757.

(69) Vid. VILLAR PALASI: *Las concesiones administrativas*, loc. cit., págs. 699 y 700; SCORTO: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 1953, pág. 135; nuestro Consejo de Estado, en su consulta número 6.883 de 14 de noviembre de 1950, establece que la idea común a las concesiones traslativas reside en «la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa».

(70) Acerca de la naturaleza y caracteres del control administrativo en la concesión, véase HAURIOU: *Précis...*, loc. cit., págs. 757 a 762; BONNARD: *Précis...*, loc. cit., pág. 245; GEORGIN: *Droit administratif*, loc. cit., pág. 173; FLEINER: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 280, etc.

todo instante, según aconseje el interés público, en virtud del principio de adaptación del servicio público (71).

Originariamente, la concesión de servicio público, se consideró fundada en la concesión de obra pública (72) y, todavía, algunos tratadistas la estudian bajo esta denominación, que Gascón y Marín considera impropia (73). En este sentido concebida, la concesión es un modo de realización de una obra pública, según el cual, realizada la obra por un particular o sociedad privada, continúan éstos la gestión del servicio por un tiempo determinado (74). Domina, pues, en todo instante, la idea de *prestación* que se advierte en las relaciones de los tres sujetos que en la concesión intervienen: Administración, concesionario y usuarios. La autoridad administrativa, autoriza la gestión del servicio como contraprestación al concesionario de la realización de una obra pública. La colectividad, los usuarios, disfrutan las prestaciones del servicio mediante una remuneración al concesionario, en forma de tarifas, previstas en el llamado pliego de condiciones.

Esta idea de prestación, que domina el ámbito de la concesión, viene inspirada en el carácter bilateral que, generalmente, se predica de todas las concesiones *traslativas*. Frente a las *constitutivas*, en que existe un otorgamiento que precluye toda intervención ulterior por parte del concedente, en las concesiones *traslativas*, al producirse la traslación de poderes y subsiguiente control, se origina la existencia de derechos y deberes recíprocos, en los que se suele justificar la polémica habida en torno a la naturaleza jurídica de la concesión.

Según una doctrina que se ha considerado clásica, fundada primordialmente en el hecho de que la concesión era un modo de realización de una obra pública, se califica ésta como un contrato, como un arrendamiento de obra en que el precio se determina con los beneficios que el concesionario obtiene de la gestión del servicio (75). Nuestra Jurisprudencia, por regla general, ha coincidido con esta tesis contractual del acto de concesión (76). La existencia de recíprocas prestaciones y la evidencia

(71) Vid. BONNARD, loc. cit., pág. 245.

(72) «En su origen la concesión era un contrato por el cual una colectividad pública encargaba a un particular la ejecución de una obra pública y remuneraba al concesionario, no con el pago de un precio, sino reconociéndole el derecho a explotar la obra y percibir tasas sobre los usuarios» (PEQUIGNOT: *Des contrats administratifs*, París, 1953, pág. 203).

(73) Vid. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado*, loc. cit., pág. 236.

(74) Véase FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Teoría jurídica de las concesiones administrativas*, Madrid, 1918.

(75) Véase, GARCÍA OVIERO: *Derecho Administrativo*, 1953, pág. 207.

(76) Véanse entre otras, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 30-sept.-1911; 14-marzo-1936; 26-marzo-1935; 5-julio-1953; 22-Dic.-1892; 22-abril-1893, etc.

de un consentimiento libremente expresado, son los elementos en los que se fundamenta, por regla general, esta tesis, defendida por autores tan calificados como Aucoc, Dufour, Moreau, Berthélemy, etc. (77).

Teorías más modernas tienden a desmentir la tesis contractual, defendiendo, sustancialmente, el carácter público unilateral de la concesión. Se alega a este fin, que no todo acuerdo de voluntades genera necesariamente un contrato, y, a este fin, el matrimonio, la adopción, y otras figuras jurídicas, se citan como elocuentes ejemplos de instituciones que, aun dando por supuesto un acuerdo de voluntades, no constituyen verdaderamente contratos. Y, si a ello se une el que, en el fondo de estas concesiones de servicio público, siempre existe una traslación de poderes públicos, tal por sí sólo bastaría a justificar la condena de la «superstición contractual» pues, como expresa Bielsa (78), podría ser causa de que se enerve injustamente el poder del concedente, que es implícito en toda concesión, poder del que nunca podría desprenderse, pues la cesión en tal sentido sería nula.

En su consecuencia, la tesis unilateral parte del carácter institucional específico de la concesión, cuyos límites han sido fijados *unilateralmente* por la Administración, que tiene, incluso, en su mano, la potestad de modificar en todo o en parte el clausulado, en atención a las circunstancias que el interés público aconseje, propia de toda manifestación de servicio público (79). Villar Palasí, tomando en consideración la definición de Fernández de Velasco, según el cual «la concesión es una operación en la que, estatuida reglamentariamente una obra o un servicio público, se regula por la Administración la ejecución y explotación de la misma, entregándose a algún particular, concesionario, que efectúa la operación subrogándose a la Administración», examina tres momentos diferentes: el primero es la creación estatutaria o institucional del servicio, determinada unilateralmente por el Estado. El segundo es el momento de la aceptación por el particular; y el tercero el vínculo creado. El hecho de que exista en la aceptación un mutuo consentimiento, libremente expresado y, posteriormente y a resultas de él, se cree un vínculo de carácter bilateral, no basta para estimar la naturaleza contractual de la relación.

(77) Véase Aucoc: *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 3.^a Ed. t. II, pág. 826; Dufour: *Traité général de Droit Administratif*, 2.^a Ed., t. VIII, pág. 186.

(78) Vid. BIELSA, loc. cit., pág. 103.

(79) Hay autores para quienes la unilateralidad de la concesión se entiende de modo absoluto y, en tal sentido, que sólo existen derechos por parte del Estado y obligaciones para los individuos. MAYER cita el criterio de ZACHARIAS y de SEILBER, según los cuales, el Estado podrá en cualquier momento restringir o revocar lo que concedió, y esto sin indemnización, en aplicación del principio de que «Qui suo iure utilur neminem laedit». (Vid. MAYER: *Derecho Administrativo*, loc. cit. t. IV, pág. 160.

No todo acuerdo de voluntades supone un contrato, y, el carácter rogado de la concesión, a lo sumo, conduce a los que Jellinek denomina actos administrativos bilaterales, en virtud de cuya consideración, la concesión sería un acto administrativo configurado sobre la base de una aceptación voluntaria del particular (80).

Una tercera posición doctrinal ve en la concesión, un acto mixto, en parte unilateral y, en parte, contractual, o más bien, un acto complejo, fundada en la diferente naturaleza jurídica que se observa en las cláusulas del pliego de condiciones de la concesión. Expresan los autores que sostienen este criterio que, en el contenido de tales cláusulas, existen, junto a reglas o disposiciones fijadas unilateralmente por la Administración, otras de naturaleza contractual (81). Según Duez y Debeyre (82), las primeras son aquellas que fijan condiciones generales o particulares referentes a la organización y funcionamiento del servicio, y, serán de naturaleza contractual, todas aquellas otras que determinan las prestaciones que la Administración se obliga a satisfacer al concesionario, determinadas por la necesidad de mantener cierto equilibrio financiero en su capacidad económica, asegurándole una remuneración normal (83).

Esta solución, no ha quedado exenta de crítica. Sería difícil poder precisar siempre la pretendida separación entre cláusulas unilaterales y contractuales, pues, como expresa Pequignot, existen cláusulas que, en virtud de este criterio, habría que considerar de naturaleza contractual (v. g. fijación de plazos de ejecución, determinación del límite de la concesión) y que, sin embargo, repercuten directamente sobre el funcionamiento mismo del servicio (84), pues tal como se configura la concesión, desde el momento en que se admite en ella la colaboración del particular, ya no es posible pensar en una disociación de intereses del concesionario y de la Administración, fundada en la distinta categoría de los fi-

(80) Vid. MAYER, loc. cit. t. IV, págs. 162 y 163; VILLAR PALASI: *Las concesiones administrativas*, loc. cit., págs. 703 y 704.

(81) MARIENHOFF se adscribe a este criterio al decir que la concesión es un acto jurídico complejo, creador de dos situaciones jurídicas distintas, una legal o reglamentaria y otra contractual de Derecho Administrativo. (*Caducidad y revocación de la concesión del servicio público*. Buenos Aires, 1947, pág. 16).

(82) Vid. DUEZ y DEBEYRE: *Droit Administratif*, loc. cit., pág. 556.

(83) «El cuaderno de cargas no es contractual más que en la medida en que se fijan las relaciones financieras entre el concedente y el concesionario, y tiene carácter reglamentario en todo aquello que concierne a la organización material y técnica del servicio, a las prestaciones del mismo, a las tarifas...». (Conclusiones ODENT, Conseil d'Etat 5 de marzo de 1943, citado por DUEZ y DEBEYRE, loc. cit., pág. 556).

(84) Vid. PEQUIGNOT: *Des contrats administratifs*; VILLAR PALASI: *Concesiones Administrativas*, pág. 707.

nes perseguidos por uno y otra, pues que, en cualquier alteración que se produzca en uno de ellos, ha de estar firmemente interesado el otro.

Nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de enero de 1935, estableció la doctrina de que la concesión es una convención específica de derecho público, que se descompone en dos tractos sucesivos y bien diferenciados en orden a su cumplimiento, el primero de ejecución de obras y, el segundo, de explotación de servicio. Este segundo tracto, de explotación de servicio, viene a completar la naturaleza del primero; es la contraprestación consiguiente a la realización de una obra pública. Pero todo el problema que ha planteado la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la concesión, se centra precisamente en el estudio de este segundo apartado al que conviene desligar por completo de la realización de una obra, en la que encuentra su causa. Si examinamos la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público, debemos olvidar aquel nexo originario, toda vez que, incluso, la concesión se ha tornado un instituto independiente en el que no se hace precisa la realización de una obra pública previa (85) y la reversibilidad de sus instalaciones, no se estima ya nota esencial (86).

La garantía de un interés público, es siempre elemento esencial del servicio público. en todas sus manifestaciones y, en su consecuencia, incumbe a la Administración establecerla. No puede la Administración enajenar la obligación, que sobre ella pesa, de hacer funcionar el servicio en las mejores condiciones posibles (87). Por ello, como en todo servicio público, en el servicio concedido, la Administración estatuye la garantía del interés colectivo, dictando las normas oportunas acerca de la organización y funcionamiento del servicio, que se precisan, generalmente, en preceptos unilaterales de cumplimiento obligado por parte del concesionario, e incluso, dichos preceptos se encuentran siempre supeditados a la exigencia del *principio de adaptación*, según el cual, podrá la Administración, cuando lo estime conveniente, modificarlos en todo o en parte.

(85) En este sentido expresa Pequignot que frente a aquella forma originaria de la concesión de obra y servicio, modernamente «la Administración, ha venido realizando contratos para el único objeto de la gestión de un servicio público, sin el menor elemento de obra pública. Así aparecen los contratos de concesión de servicio público, como el servicio de autobuses, el transporte fluvial, etc.» (*Des contrats Administratifs*, fasc. 500, pág. 9).

(86) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El dogma de la reversión de las concesiones*, Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., págs. 579 y 580.

(87) Vid. Jéze, loc. cit., pág. 73: «La organización del servicio corre de cuenta exclusiva de la Administración, no es de cuenta del concesionario. Las autoridades públicas tienen el imperioso deber de hacer funcionar los servicios en las mejores condiciones posibles».

«En la Exposición de Motivos de la Ley Francesa de 3 de diciembre de 1908, se decía: «Si en lugar de explotar por cuenta propia un ferrocarril, el Estado juzgase preferible concederlo a un empresario, los contratos que celebrase con este empresario no podrían en lo futuro



Ahora bien: Junto a este aspecto genérico, común a toda manifestación de servicio público, la concesión es un modo de colaboración particular. Junto a la necesidad de garantizar el interés colectivo, pesa, igualmente, sobre la Administración, la de garantizar el interés de la colaboración, lo que consigue manteniendo el equilibrio económico del concesionario que, en definitiva, es el motivo principal que le ha inducido a prestar su conformidad a la colaboración. En estos casos, el interés del concesionario, se configura como interés social prevalente, de tanta entidad como pueda serlo el colectivo y, en todo caso, estrechamente vinculada la realización de ambos.

Como vemos, la finalidad principal que se pretende, no es la satisfacción del interés particular del concesionario, pues si así fuese, y, en tal sentido, se asignara a sus relaciones con la Administración carácter contractual, nos encontraríamos con que, la Administración, ceñida a la defensa del interés colectivo, se situaría frente al concesionario en una relación de intereses contradictorios, y tal criterio no puede ser mantenido. Trasciende en mucho de aquella, la finalidad pretendida por la Administración. No es el concesionario quien impone a la Administración la defensa de su interés particular, sino la propia Administración, que, junto a la garantía del interés colectivo, debe garantizar asimismo la colaboración, cuyo cumplimiento no puede quedar supeditado a la norma inflexible de la «lex contractus». Llevada la cuestión al absurdo, la distinción entre cláusulas contractuales y unilaterales, en el acto de la concesión, sería algo así como asignar carácter contractual a la relación del funcionario público, en todas aquellas cláusulas en las que se estableciera la defensa de su interés personal o particular, siendo así que éstas no pierden su consideración unilateral o reglamentaria, ya que son condición o presupuesto de una mejor realización del interés colectivo mismo.

Por la misma razón, si en la concesión, las cláusulas relativas a la organización del servicio se estiman de naturaleza reglamentaria, su carácter unilateral no se debe a que su cumplimiento sea impuesto al concesionario; esto es tan sólo una consecuencia de tal carácter. Son unilaterales porque entrañan la garantía de un interés público y, por esta razón, debe estimarse que, cuanto concierna al mantenimiento de la ecuación económica del concesionario, tenga la misma consideración, por cuanto es expresión de un interés social prevalente, cual es, el interés por la colaboración.

impedir al Poder público tomar todas las medidas que estimase necesarias en salvaguarda de los intereses públicos... Si fuere posible admitir sólo por un instante que la voluntad de los concesionarios, por efecto de los contratos de concesión, pudiese dificultar la ejecución de las decisiones adoptadas por la Administración con una finalidad de utilidad pública, habría que condenar irremisiblemente el sistema de la concesión como contrario al interés general».

° En este sentido, dice Waline, que antes se solía estimar al co-contratante de la Administración como titular de intereses antagonistas a los de ésta, como un adversario en un continuo conflicto que, frecuentemente, degeneraba en proceso. «Hoy día—dice—la Administración considera a su co-contratante como un colaborador voluntario, y si no desinteresado, que sus intereses, aun económicos, no son opuestos al interés general». Por ello, el concesionario, es *garantizado* frente a las altas de precios y la Administración, asume los riesgos en gran medida, entre otras razones, para atajar el peligro de que desaparezca el interés por la colaboración (88).

Así, pues, la concesión, es un modo especial de gestión de un servicio público, un acto de carácter público bilateral, en el que, junto a la garantía del interés colectivo, común a toda manifestación de servicio público, la Administración establece la garantía de la colaboración, asegurando una remuneración normal al concesionario, cuyo interés, indirectamente, puede repercutir sobre el propio interés colectivo.

Ventajas e inconvenientes de la concesión

El principio de la colaboración informa la mayoría de las ventajas que se predicán de la concesión de servicio público. Por lo que al Estado respecta, se evita muchos de los inconvenientes a que conduce la congestión de servicios por motivo del progresivo desarrollo de las incumbencias públicas. La cuantía, a veces desmesurada, de los gastos de las obras públicas, puede amenazar a la Hacienda con una grave carga e imponer al país un sacrificio importante. La Administración se libra de las responsabilidades inherentes a la gestión del servicio, y éste queda, en general, mejor regido por el particular, pues es sabida la proverbial lentitud con que la Administración suele desenvolverse en la gestión de sus servicios (89). En cuanto al concesionario, se le ofrece la perspectiva de realizar un servicio, las más de las veces en régimen de monopolio, con un beneficio que, en cierto modo, la Administración le garantizará.

Frente a tales ventajas, en la práctica, la concesión ha adolecido de muchos inconvenientes, la mayoría de los cuales íntimamente relacionados con el factor económico:

(88) Vid WALINE: *L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants*. En *Revue du Droit Public*, 1951, págs. 5 y 34.

(89) Vid. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 1953, pág. 205; HAUBIQU: *Précis...*, loc. cit., págs. 755 y 756; BONNARD: *Précis...*, loc. cit., págs. 251 y 252; GEORGIN: *Droit Administratif*, loc. cit., págs. 175 a 179; FRAGA: *Derecho Administrativo*, loc. cit., pág. 538; ALVAREZ GENDIN: *El servicio público*, loc. cit., págs. 88 y 89.

Los riesgos, que, en cierto modo, tiene garantizados el concesionario en aplicación de la teoría de la imprevisión (90), determinan que muchas veces pese sobre el Estado una carga considerable, en cuanto se tiene que decidir o por alzar las tarifas, o indemnizar en ocasiones grandes sumas al concesionario, con lo que, de rechazo, la colectividad se vería igualmente gravada.

Faltando poco tiempo para la terminación del plazo de la concesión, el concesionario no mostrará excesivo interés por la realización de las obras indispensables y mucho menos las meramente útiles, por cuanto que el servicio habrá de ser detraído en breve y no tendrá tiempo de amortizar el capital empleado.

El control externo ejercido cerca del concesionario y no dentro del mismo servicio, determina que las correcciones vayan siempre después de producido el mal.

Tales inconvenientes, que se traducen, como es lógico, en una prestación deficiente del servicio, dejando insatisfechos los intereses coincidentes, tanto públicos como privados, han motivado en muchos casos el rescate de los servicios antes de la expiración del término señalado para su vencimiento (91).

Evolución

La concesión, como tantas otras instituciones, en un proceso de adaptación continua al medio externo, en el que encuentra su justificación, sufre las oportunas variaciones que, si no desvirtúan su esencia que siempre prevalece, determinan, al menos, que la primitiva forma pierda los límites originarios hasta tanto el proceso de readaptación no se concluya.

La concesión se ha visto afectada por el desarrollo de las incumbencias públicas, a tenor de la multiplicación de las necesidades, perdiendo mucho de su antigua precisión. Ello es debido, en primer lugar, al valor predominante concedido a la concesión de servicio que, en múltiples oca-

(90) Vid. BIELSA: *La continuidad de los servicios públicos y el sentido político-social del interés público*. En *Revista de Derecho Público*, 1933, pág. 44.

(91) En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de enero de 1941, se hace mención de los defectos concretos que el legislador califica de congénitos en el régimen de concesión: «El desequilibrio económico producido por la imposibilidad de sobrepasar los límites de la tarificación», «las cuantiosas aportaciones efectuadas por el Estado» por consecuencia de ese desequilibrio, «La incapacidad económica de la empresa privada en el período avanzado de la concesión para realizar la transformación que los adelantos técnicos imponen», y como consecuencia de todo ello «el lamentable servicio que el público padece».

siones, hace innecesaria la realización previa de una obra pública (92). Tampoco se estima de esencia la reversibilidad de los bienes a la Administración Pública (93).

La idea de prestación que, en cierto modo, informaba el contenido de la concesión de servicio público, se ha visto hoy sustituida por la idea de *autorización* (94) determinando que se acojan a la denominación y régimen de las concesiones las aplicaciones más variadas (95). Ante este

(92) Vid. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 1953, págs. 204. Recoge esta tendencia, admitiendo que «hoy se estiman verdaderas concesiones las que estriban en la realización de determinados servicios que no requieren la necesidad de una obra previa especial: ¿No se hallan en este caso los transportes por carretera?».

(93) Nuestro Consejo de Estado estima que la *reversión* en la concesión es nota accidental, no esencial, ni siquiera natural. (Consulta n.º 6.683 del C. E. 14-Nov.-1950) (citado por VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, pág. 693).

(94) La doctrina italo-germana (BANELLETTI, DE FRANCESCO, GALATERÍA, MAYER, SEYDEL, LAUBMANN, etc) estableció el límite definidor de la *concesión* frente a la *autorización*, sobre la idea de que ésta no crea derechos, sino que supone el restablecimiento de una libertad, suprimiendo, v. g., limitaciones de policía. No se concede al particular por medio de la autorización nada que sin ella no tuviera. Esta distinción no es posible en nuestro derecho en el que existen casos que, según el sentido expuesto, deberían ser considerados como meras autorizaciones, siendo, en cambio, verdaderas concesiones, o a veces poseen simplemente algunas de las características especiales de estas últimas. En tal sentido la jurisprudencia ha llegado incluso a afirmar el carácter de concesión de servicio público inherente a una licencia particular para pescaderías (R. D. C. 17-junio-1929), hablándose también de *concesión harinera* (Sent. 23-junio-1930), etc.; aparte de esto hay una normativa sobre concesiones que, aun cuando encajan en el tipo de *autorización* definido por la doctrina, según la Ley son verdaderas concesiones (Regl. 14-abril-1888, arts 60 sobre admisiones temporales).

Hay veces en que, al otorgar la autorización, se establece que el incumplimiento de las obligaciones por parte del autorizado lleva aparejada la caducidad del permiso, de análoga forma a lo que sucede en las concesiones. Por ello, afirma VILLAR PALASI, que «La efectiva creación de un derecho, que supone hoy la autorización, el condicionamiento continuativo de la misma, su caducidad por incumplimiento, el valor económico que implica, las discrecionalidad de su denegación y el carácter reglado de su otorgamiento, la inlangibilidad de la autorización una vez otorgada y en situación de cumplimiento de condiciones respecto a la Administración y, en definitiva, la distinta perspectiva de función social frente a la libertad económica descontrolada, suponen de suyo el derrumbamiento de las antiguas murallas que separaban el concepto de la autorización y el de la concesión. (Vid. VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, págs. 696 y 697).

Para definir la concesión frente a la autorización, estableció este autor que aquella supone el otorgamiento de un uso o *derecho excluyente*, por cuya razón la cláusula «Sin perjuicio de tercero», ligada esencialmente al carácter privativo de la concesión, carece de sentido en la autorización. (Loc. cit., pág. 699).

(95) «La extensión desmesurada de un concepto (refiérese a la concesión) que había ya cristalizado en su misma esencia, es cabalmente lo que ha producido la actual crisis del mismo». (VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, loc. cit., pág. 691). Según este mismo autor, las nuevas concesiones son un «*tertius genus*», pues no son ni concesión demanial, ni concesión de servicio público. «En ellas se da la colaboración del particular respecto a una esfera

fenómeno, en el que se descubren verdaderas concesiones de servicio a las que no ha estado referida la realización de una obra pública previa, se pone de manifiesto que, en la concesión, no pesa tanto el interés del Estado, centrado en evitar los cuantiosos gastos de la obra pública, como el promover la iniciativa privada, en orden a la realización de actividades de interés general, expresión de la singular importancia que el principio de colaboración tiene en la evolución que el servicio público traza con sus distintas manifestaciones.

d) *El Establecimiento de utilidad pública*

Es el Establecimiento de utilidad pública, tal como la doctrina clásica lo configura, una forma pura de colaboración. Es el último peldaño, junto a los límites de la actividad libre, de esa gradación de formas que permiten calificar el servicio público como un puente trazado entre las dos vertientes opuestas de Libertad e Intervención.

Según Laubadère, los Establecimientos de utilidad pública, son grupos o sociedades privadas que realizan, no un servicio público, sino una actividad privada, a los cuales, en razón del interés social que representan, les ha sido otorgado por Decreto el reconocimiento de utilidad pública (96).

Consta la definición, pues, de tres elementos, o aspectos, claramente diferenciados: En primer lugar, los Establecimientos de utilidad pública son organismos privados, sometidos al régimen jurídico privado (97). Realizan una finalidad de interés público o social y, finalmente, les caracteriza un elemento formal, la declaración de utilidad pública:

a') El Establecimiento de utilidad pública, es un organismo privado y, como tal, sometido al derecho privado (98). De este enunciado general, se desprenden los caracteres que lo diferencian del servicio público clásico:

de actuación administrativa. Están delimitadas por un término, se vinculan al cumplimiento de condiciones cuya inejecución motiva la caducidad, y se adjudican mediante concurso público; en la mayor parte de los casos se configuran como verdaderos monopolios. Incluso nominalmente, se califican en el texto legal como *concesiones*. (Vid. *La actividad industrial...*, págs. 66 y 67).

(96) Vid. LAUBADERE: *Manuel...*, loc. cit., pág. 211. Según AUCOC (loc. cit., pág. 563) son establecimientos privados, investidos de la personalidad debido a la utilidad que reportan al público, obteniendo y manejando fondos especiales que les permiten perpetuar su obra.

(97) La doctrina, en general, les ha negado siempre el carácter público y, por ende, la consideración de servicio público. (En este sentido AUCOC, HAURIOU, GARCÍA OVIEDO, MAURO, etc.).

(98) Según VITTA, los establecimientos de utilidad pública se determinan en la confluencia Derecho Público-Derecho Privado, si bien pertenecen a este último. (Vid. *Les personae morales de Droit Public en France et en Italie*, en *Mélanges HAURIOU*, 1929, pág. 771).

1.º Su funcionamiento, se regula por estatutos particulares.
 2.º Sus bienes son de dominio privado y, por lo mismo, sus recursos económicos tienen la misma consideración.

3.º Sus obras, su personal, las relaciones que su desenvolvimiento crea, y los litigios que se promuevan, quedan sometidos al derecho privado, y a la jurisdicción ordinaria.

b) La especial distinción que el poder público hace de estos entes, tiene su razón de ser en la *finalidad* que persiguen. Realizan una finalidad de interés público o social que, fundamentalmente, constituye verdadera actividad de servicio público. La doctrina les niega tal carácter pues, en realidad, no llegan a constituirse como servicios públicos institucionales. La naturaleza privada de estos organismos excluye la posibilidad de dicha consideración.

c) *El reconocimiento de utilidad pública.* Es el elemento formal que da a estos organismos su especial fisonomía. Generalmente, la conveniencia del Estado de ayudar toda obra desinteresada de los particulares, realizada en beneficio de la colectividad, impone, como expresa Wigny (99), la necesidad de atajar los posibles abusos, determinando que tales ayudas o subvenciones, deban ser objeto de una severa justificación. De ahí que, cuando se crea un establecimiento privado, cuya función pueda revestir cierta importancia económica y social, generalmente, se condicione la ayuda pública a la existencia de una utilidad pública de este establecimiento, que deberá ser contrastada por el debido reconocimiento público formal.

Por consecuencia del reconocimiento de utilidad pública, estos Establecimientos se constituyen en colaboradores auxiliares de la Administración (100), cuyas relaciones generan la posibilidad de ventajas y deberes recíprocos. Y así, frente a la «petite personnalité» que el Establecimiento poseía—observan Duez y Debeyre (101)—con la declaración de utilidad pública obtiene una «personnalité élargie», que se muestra, sobre todo, en la aptitud para recibir donaciones y legados. Como, en realidad, el Establecimiento no posee otros inmuebles que los necesarios al fin que persigue, podrá enajenar los bienes donados o legados, destinándose su precio a la Caja del Establecimiento, sin que el legado o la donación puedan anularse. La aptitud para recibir subvenciones públicas, es otra consecuencia importante de la declaración de utilidad pública. Su reconocimiento, suele ser un título suficiente para obtener estas subvenciones.

Como contraprestación, la Administración asume un control o supervi-

(99) Vid. WIGNY: *Droit Administratif*, loc. cit., pág. 72.

(100) Vid. DUEZ y DEBEYRE, loc. cit., pág. 601.

(101) *Ibid.*, loc. cit., pág. 601.

sión del Establecimiento, que quedará constituido según unos estatutos-tipo. Suele consignarse en ellos una cláusula, en virtud de la cual, el Establecimiento se somete voluntariamente a dicho control. Si no media esta declaración espontánea, el reconocimiento de utilidad pública no se llevará a cabo (102).

(102) *Ibid.*, loc. cit., pág. 602: «En estos estatutos-tipo se establece el sometimiento espontáneo a la *supervisión administrativa*. (Presentación de registros y de libros de contabilidad a cualquier requerimiento de los representantes de la Administración, remisión al Ministerio de una relación anual de las cuentas de la Asociación, derecho de visita de aquellos representantes, etc.). Se toma o se deja: Una obra que no quiera someterse a este régimen de control, no será reconocida de utilidad pública».

En el mismo sentido Aucoc: loc. cit., pág. 364; GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USERRS, loc. cit., pág. 929. Según este autor: «En estas instituciones el Estado vela porque no se aparten los gestores del fin para que fueron creadas, para que la gestión no contravenga las normas de policía. A veces, la acción fiscalizadora penetra más hondamente en la institución acusándose en la facultad del Poder Público de agregar o segregar Fundaciones, modificarlas, aplicar fondos sobrantes, aprobar Reglamentos, etc.».



CAPÍTULO V

LA INTERVENCIÓN ECONOMICA Y LA CRISIS DE LA NOCIÓN
DE SERVICIO PÚBLICO

INTRODUCCIÓN

La noción institucional de servicio público está en crisis, pero tal afirmación debe ser entendida con el significado de crisis extraordinaria, pues la noción está en crisis desde sus comienzos. Rolland Drago (1) nos habla de una crisis crónica del Establecimiento público, y la doctrina, en general, considera que tal supuesto excede los límites concretos del Establecimiento público y abarca la noción misma del servicio público del que aquel no es sino una forma o modo de gestión (2).

Fundamentalmente, obedece la crisis a la influencia de los tres supuestos siguientes:

1.º La supremacía del aspecto técnico sobre el jurídico en el servicio público. Lo jurídico está respecto de lo técnico en razón de medio a fin. Esta supremacía motiva que, en la teoría clásica, se halle establecido, con carácter general, un portillo o norma de excepción, verdadero «talón de Aquiles» de la noción, que se enuncia como «la posibilidad que tienen

(1) Vid. *Les crises de la notion d'Établissement Public*. Loc. cit., págs. 25 y 22.

(2) EISENMANN, sobre el examen de las primeras contradicciones jurisprudenciales en Francia, pone de relieve la existencia de una crisis congénita de la noción de servicio público, y pone el dedo en la llaga al señalar los dos fallos fundamentales de la noción: el 1.º referente a la posibilidad de la concurrencia servicio público-derecho privado. El 2.º relativo a la inexactitud de la afirmación de que las Empresas de la Administración que no sean servicio público escapan al régimen administrativo. (Curso del Doctorado 1952-1953—citado por Jean Louis de CORAIL, loc. cit., pág. 9—). Por ello afirma de CORAIL al final de su obra, que «las crisis sucesivas han contribuido a arruinar una noción que ni aún en sus comienzos satisfacía plenamente». (Loc. cit., pág. 374).

los agentes del servicio público de emplear medios jurídicos distintos de los exorbitantes que posee el Derecho Público» (3). Con este principio, los supuestos que informan el régimen jurídico especial del servicio público, muestran ser relativos e insuficientes para, sobre ellos, concluir una teoría inmutable. No agotan tales supuestos las posibilidades del servicio público, que siempre se complace en aceptar cuantas innovaciones puedan redundar en beneficio de un régimen más perfecto de organización y funcionamiento y, en definitiva, en beneficio de la colectividad cuyo interés defiende.

2.º La necesidad de la descentralización y la colaboración, son exigencias sociales que impulsan al establecimiento de nuevas formas de servicio público. Y

3.º La extensión del servicio público en la esfera económica, cuya realidad ha ofrecido el escenario adecuado al desarrollo de nuevas formas en las que, dando primacía al aspecto técnico (4), puedan realizarse con facilidad la descentralización y colaboración necesarias.

a) La débil presión que estos tres supuestos ejercieron en la noción clásica del servicio público, determinando en su seno una crisis crónica, alcanza en nuestros días un enorme desarrollo. Sobre aquel grano de arena se ha sedimentado una verdadera montaña. En la crisis actual no hay nada nuevo, es el desarrollo cuantitativo de un mismo fenómeno.

El servicio público es un continuo fluir. Se encuentra su noción íntimamente ligada a la de necesidad e interés público, tan compleja y variable, que repugna la idea de un sistema único, de una garantía inmutable. Pretender construir una teoría que delimite los contornos formales del servicio público, que lo constriña a la utilización de unos determinados medios jurídicos o técnicos, sería tarea ardua (5).

El servicio público posee un variadísimo vestuario y aparecerá con ropaje distinto según exijan las circunstancias de tiempo y lugar, o téc-

(3) Vid. JÉZE, loc. cit., pág. 6.

(4) Vid. VILLAR PALASI: *Administración y Planificación*. Ed. Cultura Hispánica. Madrid, 1952 pág. 117: «Una Administración sin eficacia viene a ser como un cuchillo que no corta. Eficiencia y control, sin embargo, luchan entre sí en muchos aspectos. Es el nuevo combate de los dioses, la actualización de la vieja lucha entre el fin y los medios...».

(5) El Derecho es el conjunto de las soluciones que, en determinado país, en cierto momento, se reconocen como reglas de conducta social. Las soluciones jurídicas aparecen en todo momento influidas por el medio. Estudiar las soluciones sin preocuparse ante todo y por encima de todo del medio, es olvidar lo principal. En otros términos, los estudios jurídicos deben ante todo conducir al exacto planteamiento de la cuestión, lo que es todavía más importante que la misma solución. Así, y solamente así, se consigue extraer los principios y comprender su verdadera significación actual, es decir, su valor siempre relativo y variable. Obrar de otro modo es hacerse la ilusión de reglas inmutables, cuando las fórmulas se vacían poco a poco de su primitivo contenido». (Vid. JÉZE: *Principios de Derecho Administrativo*, loc. cit., t. 1, Introducción, pág. LIV).

nicas, de la actividad que le sirve de soporte (6). No se debe olvidar el origen de los presupuestos que constituyen el régimen jurídico de los servicios públicos. Tales presupuestos se deben a las necesidades e intereses que en cada momento histórico o para cada orden de actividades, han inducido a los gobernantes a establecerlos como medio de dar a dichas necesidades la adecuada satisfacción. Absurdo sería pretender, por tanto, que, habiendo sido móviles de oportunidad los que determinaron la aparición de tales medios jurídicos de organización, fueran éstos aplicados «a fortiori» para satisfacer necesidades que, por razones de oportunidad o conveniencia pública, repelen su aplicación.

Ello ha sido causa de que los autores, tras concluir una detallada teoría, cuando tienen que sentar un criterio para diferenciar en la práctica el servicio público, se ven obligados a prescindir de cuantas formas y caracteres han conseguido acumular y sistematizar, y terminan —Jéze (7)—refiriéndose a la voluntad de los gobernantes, o a su intención de constituir un servicio público, aun cuando el nuevo servicio carezca de los signos distintivos con que han elaborado sus doctrinas, los cuales, de este modo, adquieren el valor de meros *indicios*, que servirán en ciertos casos, para reconocer en la práctica la existencia del servicio público.

Por ello, la realidad obliga a la doctrina a sentar con carácter general el principio que corroe la esencia misma de la institución, esto es, el *principio de adaptación*, anteriormente examinado, y como consecuencia suya, la posibilidad, reconocida a la Administración, de utilizar procedimientos distintos a los del Derecho Público.

b) Este principio tiene su razón de ser en las mismas causas que motivan la necesidad de la colaboración. Al ser la colectividad y, en definitiva, el particular, el beneficiario del servicio público, la separación entre lo público y lo privado debe ser mínima. Existe cualificada en nuestro tiempo una tendencia general, que parece destinada a borrar el clásico antagonismo de individuo y Estado. Se produce un acercamiento paulatino de los dos sectores público y privado, cada vez más latente, que va tomando en las nuevas formas de servicio público realidad ostensible:

La Administración adopta en las nuevas empresas el régimen de la

(6) «...Si la escuela de León Duguit fué demasiado absoluta en su esfuerzo de sistematización, la ofensiva lanzada hoy día por algunos contra una noción, como el servicio público, que no podrá desaparecer del derecho y de la jurisprudencia, porque responde a una realidad, sería un error. De la lectura atenta de cuanto se ha escrito recientemente en Francia acerca del servicio público, muestra que, si esta noción ha perdido algo de su antigua precisión y utilidad originaria, no es porque está en trance de desaparecer, sino al contrario, que está en vía de extensión». Vid. BUTTENBACH: *Théorie des modes de gestion...*, loc. cit., pág. 13).

(7) Vid. *Principios...*, loc. cit., págs. 18 y ss.

economía privada, facilitando de este modo la colaboración del particular, no sólo como gestor (arrendamiento), sino también como empresario (concesión, empresas de economía mixta). A su vez, los particulares, hacen uso en sus empresas de medios jurídico-públicos (empresas privadas de interés nacional), y, así, se contribuye paulatinamente a borrar esa lucha antagónica, equivocadamente planteada sobre una supuesta contradicción de intereses.

El servicio público se extiende paralelamente al aumento de necesidades y, necesariamente, se produce en nuevas formas que permitan no sustituir por completo la actividad o la iniciativa privada, o dicho de otro modo, formas que permitan con facilidad el desenvolvimiento de la colaboración particular. Para los autores que encasillaron al servicio público en los moldes de la teoría clásica, este fenómeno supone el declive de la noción. Pero es lo cierto, que el servicio público vive hoy más intensamente que en épocas anteriores. Las nuevas formas son el testimonio de su desorbitado desarrollo, que reduce a mínima expresión el contenido de aquella teoría (8).

c) Decíamos, en tercer lugar, que la extensión del servicio público en la esfera económica constituye una realidad en la que se hace necesario el desarrollo de nuevas formas con las que, dando primacía al aspecto técnico, puedan realizarse con facilidad los necesarios fines de descentralización y colaboración. ¿Cuáles son las causas de esta nueva extensión del servicio público?

La gran Empresa viene a ser como la meta de una evolución natural de las fuerzas económicas. Se impone como el medio más ventajoso de resolver el problema del precio de coste y venta, y, en igual grado, aporta ventajas respecto a las calidades de las producciones, ya que su sentido

(8) Ante la constante derogación que de la doctrina clásica supone la expansión del servicio público en la esfera económica (servicios industriales y comerciales, etc.), los teóricos abordaron la tarea de calificar las nuevas formas con relación al servicio público. Y así, DUCUR (Trailé, 3.^a Ed., t. II, pág. 80) se mantuvo en una posición terminante: «O una actividad dada es servicio público o no lo es... Si lo primero tiene siempre los mismos caracteres. Todas las consecuencias del servicio público deben aplicársele y cualquiera distinción debe ser descartada bajo la pena de caer en la confusión y en el error».

JÉZE (*La notion de service public*, 1930, pág. 9) tampoco admitía la convivencia derecho-público derecho-privado; o se trata de un servicio público, decía, o es sencillamente una empresa de gestión administrativa, regida entonces *exclusivamente* por el derecho privado.

ROLLAND (*Précis...*, 10.^a Ed. págs. 17 y ss.) por el contrario, estableció una distinción inicial entre servicio público en sentido amplio y servicio público en sentido restringido. En ambos casos, el servicio público tiene siempre ciertos caracteres comunes que lo diferencian de las empresas privadas; y si normalmente, están sometidos a reglas de derecho especiales, hay veces que están sometidos a las reglas de derecho privado, y *siempre contienen un mínimum de régimen especial*.

de organización unitaria significa una favorable aportación al progreso de las técnicas.

Quizás no fuese procedente, en las actuales circunstancias, abogar por un Estado liberal en el campo de la economía. En el ejemplo de las próximas pasadas generaciones se advierte que el sistema liberal, en este aspecto, se destruye a sí mismo paulatinamente y sin presión externa alguna. La experiencia ha mostrado que la metamorfosis realizada por la unión de empresarios, o succión de los pequeños por los grandes, vertiendo a la formación de las grandes Empresas, es el resultado necesario y costoso de una evolución, que puede se produjera cuantas veces se diesen los mismos medios, pues el capitalismo, en su fase más reciente del desarrollo de la gran industria, termina suprimiendo en los sectores de la economía nacional los principios mismos del Régimen liberal que le sirvieron de soporte, esto es, libertad de iniciativa y de trabajo, y posibilidad de libre competencia.

Como resultado de la competencia y lucha económica, se realiza entre las Empresas similares un fenómeno de acercamiento, o por eliminación de las Empresas débiles, o por absorción en las más fuertes, o por acuerdo o coaligación entre ellas (cartell), o también por la constitución de grupos económicos organizados y estables (trust). De esta forma el régimen de libre competencia se orienta hacia un régimen capitalista de monopolio.

Este sistema, aun siendo fruto de una evolución que cuesta el sacrificio de muchos intereses individuales, reúne ventajosas cualidades: Instituye órganos centrales unitarios de la dirección de los grupos, que instauran una unidad de mando, asegurando la disciplina en la producción y los cambios. Adecúan la producción al consumo evitando los despilfarros de riqueza, consecuencia de la desorganización del régimen liberal, debidos a los excesos de producción. Aseguran la economía del país mejorando la organización técnica de las Empresas, etc. (9).

Sin embargo, el Estado no puede quedar al margen de esta transformación, que deja entrever los peligros de una plutocracia (10). Lo que económicamente es un éxito, política y socialmente puede constituir un serio peligro para la integridad de la Nación. Un concepto, el del interés público, y como consecuencia suya más avanzada, el interés social, exige la intervención del Estado para el establecimiento de una garantía pública adecuada (11). Y son consecuencia de esta intervención, los que

(9) Vid. ORESTE BANDELLETTI: *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Milano, 1948, págs. 55 y ss.

(10) Véase RENÉ GENDARME: *L'expérience française de la Nationalisation industrielle et ses enseignements économiques*. Lib. de Médiets. París, 1950, págs. 87 y ss.

(11) «...Estamos viviendo en nuestros días la superación y arrumbamientos definitivos de viejos sistemas y viejos moldes y el resurgimiento y cristalización de nuevas formas y concre-

la doctrina llama servicios públicos industriales o comerciales, cuya sistematización se pretende conseguir con la nueva fórmula de Empresa pública. Las derogaciones que su régimen de organización y gestión comporta en relación con la teoría del servicio público, determinantes de la crisis de esta noción, son, como veremos, expresión elocuente del principio que venimos exponiendo sobre la necesidad de mantener y fomentar el desarrollo de la iniciativa privada en el ejercicio de la actividad de servicio público.

I.—La Empresa pública

La moderna Administración, instala en la economía un nuevo campo de acción, de extraordinaria amplitud, en el que se hace precisa la construcción de un edificio de nueva planta. Nuevos materiales son utilizados en esta obra, impuestos, primordialmente, por la necesidad de simplificar al máximo la actuación administrativa, y prueba de esta realidad, la constituye el hecho de que, en los nuevos servicios, sus diferentes modalidades de gestión se acomodan a la clásica trayectoria de *centralismo, descentralización y colaboración*, facilitada por la especial estructura jurídica de su organización.

Tras una primera fase de natural desconcierto, motivada por la inacomodación de los nuevos servicios a los supuestos tradicionales y por la falta de unidad o sistema de su concreta normación positiva, se perfila hoy día, con cierta seguridad, la avanzada de una concepción sistemática de la organización de estos servicios, con la construcción doctrinal de la denominada Empresa pública, cuyo régimen viene a sustituir, en el orden económico, al régimen jurídico tradicional de los servicios públicos.

Una primera orientación, para determinar su concepto, estriba en que la Empresa pública procede de haber utilizado la Administración en la organización de ciertos servicios, que por su especial naturaleza lo tole-

ciones políticas. El Estado, controlador y regulador de la existencia social e individual, pero que abandonaba la total actuación económica a la «privata vis», pertenece al pasado. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano tradicionalmente individual de lo económico. Las antiguas fronteras entre Estado y Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformidad de ese orden... El Estado moderno se enfrenta gradualmente con más y más fines que cumplir. Ideas como la de J. B. SAY, el Gobierno ideal es el Gobierno barato y que actúa poco, podrían justificarse ante situaciones económicas de prosperidad...» (Vid. VILLAR PALASI: *La actividad industrial del Estado...*, loc. cit., págs. 54 y 55).



ran, las formas de las sociedades mercantiles. Es éste el supuesto fundamental sobre el que descansa la nueva teoría: La noción de Empresa pública se encuentra estrechamente ligada a la consideración de Empresa mercantil. Por consiguiente, cuando se utiliza la expresión Empresa pública, atribuyendo a la voz «Empresa» un significado que no sea el jurídico-mercantil, no se distinguirá con ella la Empresa pública propiamente dicha. Por ello no es éste el significado atribuido por una corriente doctrinal contemporánea en América, que califica toda la organización estatal como una vasta Empresa pública, pues se trata de una tentativa de extender al aparato estatal los principios técnicos de la industria, a cuya pretensión se le niega valor jurídico, dado el abismo que separa al Estado de la Empresa comercial (12).

En segundo lugar, la Empresa pública reúne ciertas especialidades que permiten diferenciarla de las otras Empresas mercantiles, cuyo sentido reside, precisamente, en la existencia de un interés público insatisfecho y una garantía pública, por lo que vienen a constituir una variedad de servicio público. En principio, puede afirmarse, que aquella Empresa que, persiguiendo la realización de un interés público, asegure su adecuada satisfacción con el establecimiento de una garantía pública, será Empresa pública, distinta, por tanto, de las Empresas mercantiles y de las Empresas privadas de la Administración.

La Empresa pública, en tesis, se configura, pues, como un modo de servicio público, distinto de la clásica noción institucional, fundamentalmente, porque, en su organización, adopta, en general, el régimen de las Empresas mercantiles (13).

A) LA EMPRESA PÚBLICA ES UNA FORMA DE SERVICIO PÚBLICO

La posesión de sus dos elementos esenciales (finalidad y garantía), nos lleva a afirmar el carácter de servicio público de estas Empresas.

(12) Véase G. TREVES: *Le Imprese pubbliche*, Torino, 1950, págs. 20-21.—HARRIS utiliza frecuentemente el término Empresa, atribuyéndole un sentido amplio: las incumbencias administrativas tomadas en su conjunto, y su carácter organizado, determinan en el decano de Tolosa frecuentemente la expresión de «empresa administrativa», «empresa de los servicios públicos» y otras análogas.

Véase igualmente PIERO VISANUOLI: (*Consideraciones jurídico mercantiles sobre las empresas en mano pública*. En *Rev. de Administración Pública*, 1950, pág. 159): «...Es necesario excluir de la noción de empresa todo significado de organización genérica de cualquier actividad (por lo que se llegaría al extremo de que el Estado, en el complejo organismo de sus servicios y sus funciones, sería una empresa) y entenderla en el sentido técnico que ha sido precisado por la doctrina mercantil».

(13) VILLAR PALASI: *La actividad industrial...*, págs. 100 y ss.—TREVES, loc. cit., págs. 58 y siguientes.

En la doctrina italiana se alcanza esta misma conclusión, de un modo negativo o por exclusión (14). Sabido es que en esta doctrina se configura la actividad administrativa como función o como servicio público, y, a este último, refieren toda aquella actividad administrativa que no sea función pública, o lo que es igual, toda aquella actividad que, sin perjuicio de quedar integrada en la acción administrativa, sea susceptible de ejercicio por los particulares, en cuya consideración se tiene la actividad propia de las Empresas públicas (15).

a) El ejercicio de una actividad susceptible de ser gestionada por particulares, cuyo fin es la realización de un interés público insatisfecho, propia de la Empresa pública, permite distinguirla de los monopolios y accionariado fiscal de la Administración. La finalidad primordial de estos últimos es la consecución de las ventajas económicas que el servicio reporta. La Administración, en el accionariado fiscal, dice Villar Palasí (16), no se inspira en la consecución de los derechos de administración de las correspondientes Empresas, sino que persigue, fundamentalmente, la adquisición de los derechos patrimoniales de las acciones, inherentes a la propiedad de éstas. En el accionario fiscal, pretende el Estado la realización estricta o primordial de fines fiscales, mientras que, en la Empresa pública, su finalidad se centra, en primer término, en la realización de fines extrafiscales de interés público relevante (17).

b) *La garantía administrativa en la Empresa pública*

En estas Empresas, la garantía, elemento esencial del servicio público, se deduce de la existencia de un titular público y, de este modo, se

(14) TREVES, loc. cit., pág. 13: «Ante todo es claro que si se divide la actividad administrativa en funciones y servicios públicos, como hace la doctrina italiana, la actividad de empresa no puede entrar en el primer grupo... El servicio público viene definido negativamente como toda actividad estatal, tanto pública como privada, que no sea una función pública. Todas las empresas públicas realizan, pues, el ejercicio de un servicio público, aunque esté regulado por el derecho privado».

(15) VILLAR PALASÍ (*La actividad industrial...*) defiende la idea de establecer con la actividad industrial un estudio separado del servicio público.

En el mismo sentido cabría considerar a N. HUBER, para quien la ordenación de estas empresas viene a representar un particular *derecho de la economía* (HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1932, especialmente págs. 1 a 5.—Citado por P. VERRUCOLI, loc. cit., pág. 156).

(16) VILLAR PALASÍ: loc. cit., pág. 97: «...Nicola GASPERONI distingue estas dos funciones del título societario mencionando la nomenclatura germana: los derechos patrimoniales como «*eigenvermögensrechte*» los de Administración como «*Mitverwaltungsrechte*»...»

(17) Constituye accionariado fiscal del Estado las 274.000 acciones de la serie B; en la Compañía Arrendataria de Tabacos. Las 90.000 acciones de la serie A, nominativas e inalienables, entregadas totalmente liberadas al Estado en la C.A.M.P.S.A., etc.

distingue de las Empresas privadas que gestionan un servicio público (18). Pero ¿es la existencia de un titular público el origen del carácter público de estas Empresas o, por el contrario, tiene la Empresa pública un contenido institucional propio?

Se suele estimar a este respecto que la Empresa pública carece de ese sentido institucional pues, fundamentalmente, es una Empresa mercantil, y que las derogaciones que se producen al régimen común, expresiones de la garantía pública, son consecuencia de la titularidad de un sujeto público. La realización del interés colectivo; que justifica el carácter público de estas Empresas, no precisa materializarse, necesariamente, en una organización jurídica de privilegio. Sabemos que la misma función social de la propiedad ha hecho posible que, hoy día, el cumplimiento de fines públicos pueda realizarse por Empresas privadas. Por ello, porque el adjetivo *público* no determina en la Empresa un contenido institucional distinto en términos generales del régimen común, y porque las derogaciones al derecho común son debidas, en su mayor parte, a la existencia de un titular público, la doctrina alemana ha encontrado preferible denominarlas *Empresas en mano pública* (in öffentlicher hand) (19).

Sin embargo, la presencia de la Administración en estas Empresas no determina, por sí sola, la garantía, pues si así fuera, no se advertirían diferencias entre la Empresa pública y los monopolios fiscales. La titularidad de un sujeto público, es el origen de la garantía pero no la garantía misma. Esta se manifiesta mediante ciertos supuestos, consecuencia de dicha titularidad, en los que encuentran justificación las derogaciones al derecho privado. Villar Palasí los llama «signos reveladores del carácter público de las Empresas» (20), y son, según este autor:

1.º *Fundamentación «ad intra» del poder gestorio de la Administración.* La presencia necesaria de este signo revela el carácter público de la Empresa. La Administración opera directamente en su seno y su intervención, lejos de ser accidental, se revela interna e intensa. No ejerce la Administración un simple poder de policía o supervisión, ni tampoco, primordialmente, la obtención de un beneficio fiscal. Asegura, por el contrario, en primer término, el ejercicio de su poder de gestión.

2.º *Encuadramiento directo o indirecto en la organización estatal.* La Empresa pública es considerada respecto de la Administración como uno más de sus medios de acción. A través de ella consigue el Estado la realización de intereses colectivos. En ocasiones, la autonomía de gestión o financiera que la naturaleza jurídico-mercantil otorga a estas Empre-

(18) Véase TREVES, loc. cit., pág. 23.

(19) Véase P. VERRUCOLI, loc. cit., pág. 159.

(20) Loc. cit., pág. 104

sas, determina la necesidad de encuadrarlas en el ámbito de la Administración indirecta, acudiendo a un medio que permita mantener la esencial unidad administrativa sin mancillar la flexibilidad y libertad de acción que les es necesaria. La tutela administrativa cumple este cometido en aquellas Empresas que, indirectamente, se encuadran en la Administración estatal, evitando que la proteica actividad administrativa se descomponga en perjuicio del principio de unidad.

3.º *Potestad de imperio y constitución coactiva.* Califica Villar Palasí estos signos como de presencia circunstancial. El ejercicio del poder de imperio no constituye, por sí solo, un criterio suficiente para determinar el carácter público de la Empresa. Si hubo época en que, por ser el *ius imperii* fundamento de un régimen especial del servicio público, pudo descubrirse éste a tenor de la existencia de signos que implicaran el uso de aquella potestad, tal criterio queda reducido hoy día a la mínima expresión, pues, en la Empresa pública la utilización del *imperium* es excepcional y, a mayor abundamiento, en muchos casos, ciertas Empresas privadas utilizan prerrogativas de ese poder (v. g. las Empresas privadas de interés nacional). La potestad de imperio y la constitución coactiva de estas Empresas, deben ser entendidas con carácter restringido, pues la actuación mercantil *erga omnes* exige la excepcionalidad del uso de tales potestades. La garantía que el *ius imperii* pueda implicar, reside, no tanto en su necesaria utilización, como en la posibilidad de ser utilizado. Por ello, afirma Treves (21) que, si bien la Empresa pública puede considerarse como una institución excepcional en el régimen del servicio público, en el ejercicio de las Empresas públicas la utilización del *ius imperii* deviene igualmente excepcional (22).

(21) Loc. cit., pág. 59: «Se podría decir que... la aplicación del derecho privado a estas empresas tiene un carácter excepcional respecto del Derecho Administrativo, de modo que no es lícito extender estas normas fuera del campo de las empresas... Estas normas, aunque excepcionales, constituyen excepciones de una amplia aplicación, por lo que pueden ser consideradas, a su vez, como regla».

(22) EISENMANN no está conforme con esta calificación. Según él «no hay diferencia de rango entre el dominio de la sumisión de la Administración al derecho público y el de su sumisión al derecho privado. Ninguna de las dos acepciones es el principio, la solución normal, puesto que entonces la otra sería la excepción cosa anormal. Las dos soluciones se mantienen en un pie de igualdad perfecto... Cada una es normal para las hipótesis que comprende. Así, es normal ver a la Administración regirse por el derecho privado, como verla regirse por el derecho público en las hipótesis contrarias...». (*Cours de Droit Administratif*. Doctorado 1952-1953.—Citado por de CORAIL, loc. cit., pág. 343).

B) LA EMPRESA PÚBLICA SE CONFIGURA COMO EMPRESA MERCANTIL

La configuración jurídico mercantil de la Empresa pública, que la distingue esencialmente del servicio público institucional, ha suscitado algunas controversias a pesar de las cuales la Empresa pública ofrece una indiscutible realidad.

La aparente contradicción que algunos autores creen observar entre la *función* que dichas Empresas desempeñan (realización de un interés público) y la *forma* adoptada (Empresa mercantil) (23), no ha llegado a desvirtuar su existencia. Por un lado, el Derecho administrativo no ha sufrido quebranto, pues el principio de adaptación o mutabilidad (posibilidad de modificar en todo o en parte la organización de un servicio y emplear medios jurídicos distintos de los exorbitantes del derecho común), fundamental en el régimen del servicio público, permite la transformación sin menoscabar la esencia del régimen administrativo. De otra parte, tampoco se admite que el régimen jurídico mercantil se haya visto afectado por el reconocimiento de las Empresas públicas, pues éstas, en su organización, funcionamiento y relaciones a terceros, se someten en general al régimen jurídico privado, y las derogaciones al mismo, la aparición del «*ius imperii*» en estas Empresas, se conjuga perfectamente con su régimen y tiene a mayor abundamiento, trato de excepción (24).

Una segunda objeción, resuelta airoosamente por la mayoría, hace referencia a una incompatibilidad de fondo entre el servicio público y la Empresa mercantil (25). A este respecto, se dice que la idea de ánimo de lucro, que se considera esencial de la Empresa mercantil, riñe abiertamente con el carácter desinteresado que se predica del servicio público (26) y es contraria al interés público.

Sabemos que, si no el ánimo de lucro, su mera obtención, al menos, no es contraria a los principios del servicio público. El carácter desintere-

(23) «Ante esta aparente disparidad *forma-función*, un sector doctrinal muy extendido (MESSINEO, BRANDT, FOUSTHOFF) califica la empresa como privada, y, por ende, fuera del derecho administrativo. Otro sector se inclina por considerar las empresas públicas como sociedades *anómalas* (ASCARELLI, GIROCO, DOMINICO, DE GREGORIO) en cuanto encierran una discordancia entre la forma puramente privada que adoptan y la finalidad pública que pretenden conseguir...». (VILLAR PALASI: *Loc. cit.*, pág. 100).

(24) Sobre este punto, ver el citado artículo de PIERO VERRUCOLI: *Consideraciones jurídico mercantiles de las empresas en mano pública*.

(25) Véase TREVES, *loc. cit.*, págs. 37 y ss. VILLAR PALASI, *loc. cit.*, págs. 101 y 102. BUTGENBACH: *Les modes de gestión...*, *loc. cit.*, págs. 77 y ss.

(26) A este respecto hay autores que niegan la posibilidad de que los entes públicos persigan un fin de lucro; VITTA (*Note sul concetto di persona giurídica pubblica*. En *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, t. I, pág. 49) dice que un ente que persiga un fin de lucro no puede ser más que un ente privado.

sado de estos servicios, no puede llevar, sistemáticamente, a exigir en todo servicio público una prestación gratuita, por las razones expuestas en el capítulo II. Además, tampoco el ánimo de lucro puede ser el fin primordial de la Empresa mercantil. Su finalidad es el desempeño de una función o actividad tendente a la producción de bienes o a la realización de prestaciones. Tal es el *fin objetivo* de la Empresa; el ánimo de lucro es *subjetivo* y es propio, no de la Empresa, sino del empresario (27). Ahora bien: Si la obtención de un lucro es necesaria, en general, a toda Empresa privada, porque entraña la garantía de su continuidad y buen funcionamiento, es también precisa en la Empresa pública, pero, por contra a la Empresa privada, no constituye un presupuesto de su viabilidad. La *garantía* del servicio público permite la continuidad de la Empresa pública aun cuando el lucro obtenido sea insuficiente o nulo en relación con el precio de coste (28).

C) AUTONOMÍA DE LA EMPRESA PÚBLICA

La característica principal que la configuración jurídico mercantil determina en la Empresa pública, radica en su especial autonomía.

La Empresa mercantil y, por ende, la Empresa pública, detenta, según la doctrina, una categoría intermedia entre sujeto y objeto de derecho (29). La Empresa es una organización unitaria (30). Posee vida pro-

(27) F. RODRÍGUEZ: *Aspectos sociales de la Nacionalización*, en Rev. de Administración Pública, 1950, pág. 179, dice: «El lucro es el *finis operantis*, fin subjetivo que el agente quiere alcanzar como término de su acción. El servicio sería *finis operis*, fin objetivo que la acción puesta por el agente, debe necesariamente producir. Es el clásico ejemplo propuesto por la Escolástica: los relojes no se construyen para producir ganancia al relojero, sino para marcar la hora, pero el relojero los construye para obtener una ganancia».

(28) VILLAR PALASI. (Loc. cit., pág. 101) ofrece incluso, ejemplos de empresas privadas constituidas a pérdida, con lo que viene a poner de manifiesto el carácter no esencial de este requisito.

«El Estado en la gestión de servicios y empresas públicas, no alcanza frecuentemente resultados económicos parciales, no porque ello sea imposible, sino porque su actuación se liga a otras finalidades prevalentes sobre las estrictamente mercantiles... No es nuevo el hecho de una financiación de los servicios públicos por los llamados precios políticos inferiores a los remuneradores en el mercado, que le sirven al Estado para la actuación de determinados fines públicos, y entre ellos, para conseguir una política redistributiva de la riqueza que, en definitiva, aboca hipotéticamente a una ventaja colectiva, económicamente mayor». (Vid. VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, loc. cit., pág. 686).

(29) Véase GARRIGUES: *Traado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, vol. I-1, págs. 207 y siguientes).

(30) «Por lo que se refiere al concepto de empresa... se afirma contra el insuficiente esquematismo de los actos de comercio una visión unitaria de la empresa en sus aspectos patrimoniales, personales, de trabajo, de relaciones jurídicas... y que después había de ser recogida en la Codificación italiana de 1942» (P. VERRUCOLI: loc. cit., pág. 157).

pia y funciona por sí misma sometida a la dirección y control de un titular jurídico. Su funcionamiento, en general, está preordenado por el impulso de esa vida propia. El titular trata, con la dirección y control, que su funcionamiento se convenga dentro de ciertos límites. Los terceros son atraídos por las excelencias de la Empresa o por la obra que ésta realiza, sin que el titular en estas relaciones, tenga otra función que la de intermediario o representante de los intereses económicos de la Empresa (31).

Esta consideración unitaria de la Empresa, permite comprenderla como un ente creador de valores, como *unidad económica*, aunque no como sujeto de derecho. Sobre la Empresa ejerce un derecho dominical el Empresario, y es la personalidad de éste el único conducto por donde la Empresa puede asomarse a la vida del Derecho. En su aspecto jurídico, pues, debido a la necesidad de un titular, la Empresa se muestra como entidad dependiente, carece de personalidad y no es posible entenderla como sujeto de derecho. Sin embargo, en su aspecto económico, aparece la Empresa dotada de una incuestionable autonomía (32) que, derivada de su naturaleza mercantil, confiere—según Treves—una mayor flexibilidad a su gestión financiera porque escapa a las normas tradicionales de la Contabilidad Pública (33).

Esta autonomía, financiera u objetiva—como expresa Buttgenbach (34)— no constituye por sí sola base suficiente para estimar la Empresa pública como un organismo descentralizado, pues carece de personalidad y depende de un titular público que fiscaliza su gestión mediante un *control interno* (35). No obstante, la Empresa conserva su unidad,

(31) «El negocio tiene su vida propia; crea para sí un determinado círculo, un sector de producción y de venta, y mediante ellas entra en relación con otros individuos. El negocio tiene su propio carácter y fisonomía que en modo alguno dependen del titular. Los auxiliares se consagran al negocio y no a la persona del principal. El negocio hace al comerciante y no al contrario. El negocio como tal y no el comerciante, determinan en la mayoría de los casos la inclinación de los terceros para entrar en relaciones de negocios. El negocio es el verdadero titular del crédito». (Véase: OBERKOPFER: *Handbuch der deutschen Handels-See- und Wechselrecht*. Leipzig, 1881, pág. 182.—Citado por GARIBAY: loc. cit. pág. 218)

(32) «...Es oportuno partir de una visión orgánica de la Empresa, señalando inmediatamente cómo sus manifestaciones en el campo de la Administración Pública suponen en cierto sentido una contribución a su más completa delimitación y casi a su subjetivación (sin duda existe la subjetividad económica de la empresa)» (P. VILLACORTA, loc. cit., pág. 157).

(33) ROLLAND DRAGO: (Loc. cit., pág. 95) estudia las notas específicas en que dicha autonomía especial se manifiesta, partiendo del principio establecido en Francia por el Decreto de 15 de noviembre de 1934 en el que se decía que «las operaciones por regla general serán realizadas conforme a las leyes y usos del comercio», derogándose en estas empresas las normas de la contabilidad pública.

(34) *Theorie des modes de gestion...*, págs. 190 y 191.

(35) Vid. TREVES, loc. cit., pág. 98.

su autonomía, cualquiera que sea la naturaleza del titular. La esencia de la Empresa no cambia por el hecho de que esté supeditada a un titular público, ni adquiere, en general, una configuración jurídica distinta a la de las otras Empresas. Es por ello que, aun cuando la Empresa dependa directamente de una Corporación pública, esto es, esté centralizada, tendrá a su favor la ventaja fundamental de poderse adaptar con unidad de régimen y sin variaciones de esencia, a la titularidad de entes descentralizados o de particulares (colaboración).

II.—La Empresa pública en régimen de descentralización

La necesidad de organización y coordinación extensivas impuesta por el creciente desarrollo de las incumbencias públicas, se ha dejado sentir en esta nueva faceta de intervención económica, dando origen a una política de ordenación de las Empresas públicas, desenvuelta mediante la creación de entes públicos descentralizados, a través de los cuales puede la Administración ejercer un control indirecto sobre estas Empresas.

Se encuentra en este caso la llamada descentralización funcional que, teniendo por tronco común la descentralización por servicios, difiere del Establecimiento público en que éste supone la descentralización de un servicio afecto a una función que continúa centralizada, mientras que, en la descentralización funcional, es la propia función el objeto de la descentralización, siendo misión primordial de los entes que a tal efecto se crean, ordenar, dirigir, controlar y gestionar cuantos servicios se consideren realizadores de aquella función, en este caso, Empresas públicas (36).

Estos entes descentralizados, cumplen, en cierto modo, la función de titulares de Empresas públicas, pues, como expresa Treves (37), son administrativa y patrimonialmente separados de la organización estatal, dotados de la personalidad jurídica y creados para el ejercicio de una Empresa.

Es distinta la naturaleza de estos entes de la de la Empresa pública. Se suele estimar, a este respecto, que la actividad relativa a la creación, organización y funcionamiento interno de estos entes, así como a sus relaciones con el poder público creador, es actividad administrativa y no actividad de Empresa (38), pues la Empresa no es fin inmediato sino me-

(36) Véase GARRIDO FALLA: *Admón. indirecta del Estado y descentralización funcional*, loc. cit.

(37) TREVES, loc. cit., págs. 78 a 102.

(38) ROLLAND DRAGO: (loc. cit., págs 94 y ss.) estudia separadamente esta dualidad con los epígrafes de *Aspect commercial du régime financier y Ingérence de l'Etat*. VILLAR PALASI:

diato de la creación de tales organismos. Por ello, en las distintas clasificaciones de entes descentralizados que se han formulado en la doctrina, se aprecia, generalmente, la distinción de *ente público* y *Empresa*, derivada de la reconocida dualidad de actividad administrativa y actividad mercantil (39), que permite ordenar las Empresas públicas según una doble modalidad de gestión:

a) *Empresas de régimen centralizado*, cuyo titular es una Corporación pública (Estado, Provincia o Municipio) (40). Y

(loc. cit., págs. 100 y ss.) estudia separadamente estos dos aspectos. En el mismo sentido de CORAIL, loc. cit., págs. 277 y 278.

BLANVOET: *Le contenu des établissements publics industriels et commerciaux*, en Rev. de Droit Public, 1957, págs. 16 y 17.

(39) FERRU clasifica estos entes de la siguiente manera:

1.º Entes de gestión que se proponen la gestión de una empresa;

2.º Entes de Administración que no ejercen directamente una empresa, sino que indirectamente participan y contribuyen mediante la administración de los entes de gestión y de coordinación: Ejemplo característico en nuestra Patria lo constituye el I.N.I.

3.º Entes de coordinación, que se proponen la disciplina de relaciones entre empresas autónomas. (Véase *Lincamenti di una teoria degli enti comunali*. En *Diritto e Pratica Commerciale*. 1945, I, págs. 177 y ss. y 239-130).

TREVES los clasifica de la siguiente forma: 1.º Empresas estatales desprovistas de personalidad (Empresa propia). 2.º Entes públicos económicos, que son entes patrimonial y administrativamente separados de la organización estatal, dotados de personalidad jurídica de derecho propio, creados para el ejercicio de una empresa. 3.º Entes públicos en cuyo capital participan varios sujetos: Se constituyen por regla general en forma de sociedad por acciones, parte de las cuales son suscritas por otras corporaciones públicas e incluso por particulares (loc. cit., págs. 78 a 102).

VILLAR PALASI (loc. cit., págs. 76 y 77) establece la siguiente clasificación: a) Producción a través de entes sin personalidad diferenciada (Empresa propia). b) Producción a través de entes administrativos autónomos bajo un régimen de derecho público. c) Producción a través de sociedades privadas con carácter administrativo: Accionariado del Estado. d) Producción colaboradora de empresas privadas: Se encuentran en este caso las empresas privadas de interés nacional que no caen propiamente dentro del derecho administrativo, por ser formas de colaboración pura.

(40) Se encuentran en este caso, según BUTTENBACH, no sólo las «Régies d'Etat», cuyo ejemplo más característico es la «Régie du Travail Pénitentiaire», sino también todas aquellas que aún dotadas de personalidad no es posible considerarlas como organismos descentralizados, por carecer de la autonomía orgánica (Régies personnalisées: v. g.: «La Régie des Telegraphes et des Telephones», la «Régie des Voies Aériennes», etc. (Vid. BUTTENBACH, loc. cit., pág. 190). En España podemos considerar incluidas en este grupo las que VILLAR PALASI denomina *Empresas Propias* cuya nota sobresaliente es la falta de personalidad, aunque, por regla general, tengan la consideración de Cajas Especiales. Y ello es porque el Patrimonio General responde en todo caso de las deficiencias de aquellas (loc. cit., pág. 90).

En el orden de la vida local suelen constituir empresa propia la mayoría de los servicios públicos municipalizados (Abastecimiento de Aguas, Alcantarillado, recogida y aprovechamiento de basuras, farmacias municipales, etc), (pág. 92).

Ejemplos típicos de empresas propias dependientes de la Administración Central son, los

b) *Empresas dependientes de organismos públicos descentralizados*, cuya ordenación, obedeciendo al impulso descentralizador, es un exponente más de la fuerza que dicho principio despliega en los modos de gestión del servicio público, pues, como dice Villar Palasí (41), aun suponiendo las Cajas especiales una evidente anarquía del Presupuesto y una debilitación del principio de autoridad del mismo, implican la satisfacción de una obvia necesidad de la Administración, la de especializar las funciones que, si bien siempre tuvo una importancia evidente, derivada de una lógica y necesaria división del trabajo, tiene en la actualidad los caracteres de agudísima necesidad.

III.—La colaboración en la Empresa pública

La Empresa pública, al ser un modo de servicio público, se siente influida, por tanto, por las dos trayectorias opuestas, *Centralización-Descentralización* y *colaboración*, con la ventaja sobre el servicio público clásico de que la Empresa pública, debido a su configuración unitaria y autónoma, puede adaptarse a los distintos modos, puede cubrir los distintos peldaños de la evolución conceptual del servicio público, sin variar su esencia.

Los entes públicos descentralizados, rectores de Empresas públicas, muestran evidente analogía con el Establecimiento público clásico. Por otra parte, el respeto y fomento de la iniciativa privada, la necesidad de la colaboración, se deja sentir, si cabe con más vehemencia, en este nuevo orden, cumpliéndose de este modo el principio que enunciara Hauriou, de la necesidad de equilibrio entre lo público y lo privado, con cuya realización el servicio público se da a conocer como el árbitro o el artífice de la solución a la tradicional contienda de Libertad e Intervención.

Examinado en capítulos anteriores el carácter variable de la garantía, debido a encontrarse subordinada a la realización de un interés público insatisfecho, la Administración tiende a producir su intervención sólo en la medida en que tal insuficiencia se produce; y muestra del valor tutelar que Santamaría de Paredes asigna a su función, es que, no sólo se limita la Administración a aceptar la colaboración ofrecida por los particulares, sino que desarrolla una acción de fomento, en términos de abreviar en lo posible la duración de esa tutela. En el régimen de las Empresas públicas se ha manifestado la realidad de esta doble idea en las

talleres y Granjas Penitenciarias, el servicio de Noticias y Documentales NO-DO, cuyo patrimonio está afecto al Ministerio de Educación Nacional, y, en general, las Revistas y Publicaciones del Estado (pág. 92).

(41) Loc. cit., pág. 81.

llamadas *Sociedades de Economía Mixta* y en las *Empresas privadas de Interés Nacional*.

A) LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Entre los límites extremos de Empresa centralizada y Empresa libre, discurre con facilidad, en uno u otro sentido, la nueva fórmula de las sociedades de economía mixta, cuya especial flexibilidad contrasta con la proverbial rigidez de la clásica concesión de servicio público.

Según García Oviedo, la sociedad de economía mixta es una forma de colaboración particular que penetra en el orden de la Administración como figura de Derecho privado en beneficio del servicio público (42), y, en general, es considerada como una forma de intervención pública, pero intervención no radical. Las modificaciones que al régimen común de sociedades pueda reportar la presencia gestora de la Administración, derivada de su participación financiera, no son contrarias a la colaboración particular sino que, por el contrario, se conjugan admirablemente con ella, al ser los mismos medios de gestión privada los que el Estado utiliza en su intervención (43).

En el régimen clásico del servicio público, se pudo observar que el titular público y el gestor particular se excluyen mutuamente, son incompatibles en un mismo servicio y, en tal sentido, esta incompatibilidad era determinante de que en los servicios descentralizados y en los concedidos, al ser necesario un control o supervisión administrativos, quedara configurado, esencialmente, como un control externo. Sin embargo, la Empresa, debido a su incuestionable valor unitario, permite indistintamente un titular público, un titular privado o un titular mixto. Y, al ser la composición del titular lo que varía y no esencialmente la Empresa, es perfectamente compatible que puedan los particulares intervenir en su gestión, junto con la Administración que, de esta suerte, establece un *control interno*.

Por ello, siguiendo a Passow, define Girón Tena la sociedad de economía mixta como aquella cuyo capital está constituido por aportaciones

(42) Véase GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 1953, pág. 222: «Fernández de Velasco las considera como forma de colaboración de los particulares en la obra de la Administración. Por el contrario, FLEINER, las juzga más bien forma de utilización por la Administración de instituciones propias del Derecho privado. GIRÓN TENA, observa que la primera es una estimación de fondo, y la segunda de forma».

(43) Véase REUTEN: *Les participations financières*. París Sirey, 1936, pág. 23.

de particulares y de colectividades públicas, *correspondiendo su gestión y administración a unos y otras* (44).

Como toda Empresa pública, la de economía mixta, conjuga sus dos caracteres primordiales: De una parte es una *sociedad mercantil*, y, de otra, un servicio público, es decir, un modo de realización de un interés público, asegurada mediante una adecuada garantía (45), y, por ser un modo de colaboración, la defensa del interés de los socios, en cuanto interés social prevalente, debe ser objeto, también de especial garantía.

La garantía de servicio público en las Empresas de economía mixta.

La idea de servicio público preside la noción de la Empresa de economía mixta. Si no existiera la finalidad primordial de un interés público, si el fin de lucro presidiera la asociación de capitales, nos encontraríamos ante una forma común de sociedad en la que, no obstante la fusión de aportaciones públicas y privadas, no sería necesario un tratamiento jurídico especial.

Por consiguiente, en estas Empresas, como en toda Empresa pública, la titularidad de la Administración, el desarrollo de su poder de gestión, está inspirado en la defensa de un interés público. Junto a ella, y desempeñando esa misma titularidad o poder de gestión, los particulares persiguen la realización de un interés privado, y ante esta perspectiva ha habido quien considere irrealizable la convivencia armónica de esos intereses, que se estima contradictorios porque, como expresa Reuter, «el mecanismo técnico de la sociedad por acciones, no funde en un medio estos dos objetivos diferentes, sino que tiende a eliminar uno en beneficio del otro» (46).

Sin embargo, el problema ha sido superado por la doctrina y el derecho positivo, pues, aunque respondan a fines distintos, esos intereses no son necesariamente contradictorios y, menos aún, inconciliables. A este respecto, Panunzio, construye el que denomina principio del *cointerés*,

(44) Vid. GIRÓN TENA: *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, pág. 20.

GARRIGUES (loc. cit., vol. I-2, pág. 628) las define como «aquellas sociedades sometidas a las normas ordinarias de la sociedad anónima, pero cuyo capital y administración pertenecen conjuntamente a particulares y a colectividades públicas».

(45) ROLLAND hace hincapié en el sentido esencialmente económico de la figura al definirla como la asociación de la persona moral y de los particulares, de recursos públicos y de capitales privados, a fin de administrar una empresa, que, siendo de interés general, no deja de tener un carácter netamente industrial o comercial. (*Rapport a la société d'Etudes Legislatives sur l'Etat actionnaire*, en *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, pág. 59, citado por GIRÓN TENA, loc. cit., pág. 29).

(46) Véase REUTER, loc. cit., pág. 26.

cuando expresa que, en el organismo unitario de la Empresa, se mezclan factores, fuerzas y capitales, públicos y privados, naciendo de la mezcla una síntesis y cosa nueva. Por el principio del cointerés privado y público—dice—individuos y Asociaciones se compenentran, y si no son lo mismo, van a acabar por hacer lo mismo. El agente económico privado, al mismo tiempo que organiza su hacienda en su interés, actuará en interés del Estado (47).

A la vista de este principio, se deduce que la defensa del cointerés, como corolario de la defensa del interés público, necesaria en toda manifestación de público servicio, debe llevar aparejada la realización de una garantía que cumpla doble finalidad: De una parte, la satisfacción regular del interés colectivo y, de otra, la realización satisfactoria del interés de los socios, pues de no existir esta segunda garantía, podría malograrse la finalidad de colaboración pretendida en las sociedades de economía mixta. Ahora bien: ¿Cómo se realiza esa garantía del co-interés?

La existencia de un titular público en una Empresa puede no tener otra justificación que la de ser una simple inversión o aportación de capital, tendente a conseguir un beneficio fiscal, o bien, puede perseguir con ella, y este es el caso de las Empresas públicas en general, el ejercicio del poder de gestión de la Empresa, inherente a la propiedad de las acciones. En las sociedades de economía mixta, por ser un modo de gestión de Empresa pública, la Administración, con la participación financiera, persigue primordialmente la consecución de ese «ius gestionis», lo que permite diferenciarla del mero «*placement*» o colocación de dinero (accionariado fiscal lo denomina Villar Palasí) (48).

La participación en la gestión de la Empresa (fundamentación «ad intra» del poder gestor), como ya vimos, constituye para la Administración la garantía del interés colectivo. El interés particular de los socios, centrado primordialmente en la consecución de un mayor beneficio económico, suele perseguir del mismo modo la adquisición de ese poder gestor, por cuya razón, se suele estimar que la realización del co-interés en las sociedades de economía mixta, puede garantizarse manteniendo un equilibrio adecuado entre gestión pública y gestión privada (49).

(47) PANUNZIO: *L'Economía mista*, 1936, págs. 18 y ss. y 178. citado por GIRÓN TENA, loc. cit., pág. 228.

(48) Véase REUTEN, loc. cit., págs. 14 y ss.

(49) Frente a quienes opinan que tal equilibrio se mantiene sobre la existencia de un punto muerto, GIRÓN TENA opone que aquél se realiza sobre una combinación de múltiples elementos de hecho (iniciativa individual, ganancia, situación económica en cada momento, capital y dirección y accionistas) y que esta combinación debe ser mantenida durante la vida de la sociedad. (Véase loc. cit., págs. 179 y 180).

Cuando la participación de la Administración en el capital social es mayoritaria, no hay posibilidad de equilibrio, por cuanto no puede producirse conflicto entre interés público e interés privado (50). No existe verdaderamente una sociedad de economía mixta sino más bien, una Empresa pública de régimen centralizado, en la que el papel que los accionistas particulares desempeñan, no afecta a la gestión de la Empresa, o a lo sumo, será de mera tolerancia de la Administración que, con ello aprovecha consejos y experiencias (51). En tales casos, pues, la finalidad de la colaboración, o no se cumple, o se cumple deficientemente, pues, en general, se observa la repulsa o huida de los particulares respecto de aquellos servicios o Empresas en que la Administración detenta todos los poderes de gestión (52).

Por el contrario, si la participación del Estado es minoritaria, surge la necesidad de determinar el equilibrio de gestión y mantenerlo, pues, de no ser así, la inversión pública se convertiría en una mera colocación de dinero o forma de accionariado fiscal.

Existen en la práctica ciertos medios para cimentar las bases del equilibrio. Según Girón Tena, cumplen dicha finalidad todas aquellas normas que tiendan a mantener una proporción inalterable entre las respectivas participaciones financieras, y a determinar los derechos inherentes a la propiedad de las acciones (53). Junto a ellas, y referidas al funcionamiento de la sociedad, existen otras normas especiales, generalmente estatutarias, que, en cierto modo, son derogaciones al régimen general de sociedades (54), y que tienden a asegurar a la Administración una posi-

(50) En España que, sobre este punto podría ser considerada en la fase primaria del intervencionismo, las sociedades de economía mixta están formadas, por regla general, con participación mayoritaria del poder público: entre otras deben citarse de modo especial las empresas filiales del I.N.I., que en su Reglamento D. 22 enero de 1942, en su artículo 2.º, ap. c) se dice que será fin primordial del I.N.I.: «Mantener el control absoluto de los negocios en que la supremos intereses del país, por razones militares o antárquicas, así lo aconsejen».

La gran mayoría de estas empresas están constituidas con participación mayoritaria del I.N.I.

(51) Véase P. REUTER: loc. cit., págs. 30 y ss.

(52) Véase GUERÓN: (*De l'accionariat des collectivités publiques*, París, Sirey, 1928, pág. 419): «...El estudio imparcial de los hechos demuestra, tanto en Francia como en el extranjero, que en toda sociedad con los particulares, para una obra económica de interés general el poder público tiene tendencia a dominar, a adueñarse de la dirección de la empresa. Pero también se demuestra que esta actitud tiene frecuentemente como resultado la huida de los particulares, que no aportan sus capitales en un negocio dirigido por la Administración. En Francia sobre todo se afirma esta antipatía del público hacia las empresas industriales sometidas a la preponderancia del Estado o de las colectividades administrativas».

(53) Véase GIRON TENA, loc. cit., págs. 180 y 22.

(54) En el Decreto de 22 de enero de 1942 citado (artículo 6.º, párrafo 4.º) se dice: «En aquellas empresas en que, por no ser mayoritario el Instituto, pueda existir otro tipo de in-

ción privilegiada en la gestión de la Empresa, no justificada en su participación minoritaria. Suponen restricciones o límites al ejercicio del «ius gestionis» de los otros socios y, a este fin, se suelen dictar normas especiales ordinarias, relativas al nombramiento, facultades, misión y responsabilidad de los administradores, y, en ocasiones, algunas extraordinarias, como por ejemplo el derecho de veto (55).

La defensa o garantía del interés de la colaboración, o sea, del interés particular de los socios, se mantiene, pues, de ordinario, en el ejercicio mismo del poder de gestión, que no les es sustraído, sino tan sólo limitado. Como contraprestación a estas limitaciones, y para evitar que desaparezca el interés por la colaboración, desenvuelve la Administración una acción de fomento, adoptando medios que, igualmente, entrañan la garantía de ese interés particular (garantía de un rendimiento mínimo del capital, reducción de impuestos, facilidades para importación de materias primas, etc.) (56).

Por todo ello, si no existe esa aparente contradicción de intereses, si, como hemos visto, la supuesta dificultad en la determinación y mantenimiento del *co-interés* reside en que, roto el equilibrio, la Empresa se habrá de transformar automáticamente en pública centralizada, o privada. lejos de ser inconvenientes, son por el contrario, los índices expresivos de la bondad del sistema de las Empresas de economía mixta que, frente a los otros modos de colaboración en los servicios públicos, suponen una composición armónica, una fórmula conciliatoria que facilita grandemente la posibilidad de las distintas formas de gestión del servicio público, sin destruir la esencia misma de la Empresa (57). La mayor o menor participación del Estado permite que la Empresa, sin perder sus ca-

lervención estatal, ésta, que no será ya representativa del capital, deberá ser concretamente establecida en una disposición específica».

(55) Véase GIBÓN TENA, loc. cit., págs. 199 y ss.

(56) El artículo 3.º del citado Decreto de 22 de enero de 1942 dice que «las empresas que el I.N.I. cree, y aquellas en que intervenga con participación mayoritaria, serán automáticamente declaradas de interés nacional, a todos los efectos legales, siéndoles, por tanto, de aplicación todas las ventajas y garantías establecidas por la Ley de 24 de octubre de 1939».

(57) «...Deriva esta flexibilidad del carácter de sociedad anónima, que presenta con relación a todo otro procedimiento de derecho público y privado un carácter esencial: El de la posibilidad de combinaciones extremas». (Véase REUTER, loc. cit., pág. 29).

GENDARME: (*L'expérience française de la Nationalisation...*, loc. cit., pág. 209) dice que «la sociedad de economía mixta se basa en la penetración del capital del Estado o de las colectividades públicas en el interior de la empresa privada, o inversamente en la penetración del capital privado en el interior de la empresa pública. Ella pues, es, según el caso, un método de socialización o una reacción del capitalismo contra el socialismo. La sociedad de economía mixta permite asegurar, bien la preponderancia del Estado, bien la de los intereses privados».

racterísticas esenciales, discurra desde la forma de Empresa pública centralizada hasta los confines de las Empresas privadas (58).

B) EMPRESAS PRIVADAS DE INTERÉS NACIONAL

Fruto de la acción estatal de fomento de la iniciativa privada, es, en el orden económico, el complejo de Empresas particulares que, sin perder su carácter privado, realizan la satisfacción de un interés público. Se las denomina Empresas privadas de interés nacional (o de interés general, según la doctrina francesa), y se sitúan en la confluencia de las Empresas libres, lo que motiva su semejanza con los Establecimientos de utilidad pública de la teoría clásica.

Empresas privadas de interés nacional y Establecimientos de utilidad pública, son expresión de la misma idea que venimos desarrollando a lo largo de este trabajo: El fomento de la colaboración, impuesto por la necesidad de reducir al mínimo la intervención estatal directa, y conciliar, en el ejercicio de la acción particular, la realización conjunta de intereses públicos y privados; en una palabra, reducir al mínimo indispensable de intervención la garantía del interés público.

Establecimientos de utilidad pública y Empresas privadas de interés nacional, en su organización, funcionamiento, regulación jurídica y alteridad, mantienen carácter privado y el Derecho privado rige su ordenación. En unos y otras, igualmente, el origen de su especialidad de régimen, reside en una declaración pública formal: En el Establecimiento, la *declaración de utilidad pública*, en las Empresas, la *declaración de interés nacional*. Uno y otras cumplen semejante finalidad. Se diferencian, no obstante:

a) *En cuanto a su origen*, porque los Establecimientos de utilidad pública nacen, generalmente, a resultas de la iniciativa privada (59),

(58) Dice JORDANA DE POZAS: «De la pugna entre la gestión directa y la privada, o el deseo de *compaginar* las ventajas de ambas, ha surgido la forma de la empresa mixta, que se halla hoy en gran favor, tanto en la Administración del Estado, como en la local». (Cita de GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 1953, pág. 223).

Según CALVO SORELO: (*El capitalismo contemporáneo y su evolución*. Cultura Española. Valladolid, 1938, pág. 164) «la empresa mixta aporta un freno al capitalismo financiero, y en cuanto lo desposea de acritudes hirientes le prestará un mayor equilibrio, del que es muestra la compensación entre el interés mínimo que suele asegurarse el capital invertido, y la absorción del super-interés por el Estado. Por este camino el capitalismo queda respaldado en su esencia y amputado en su hipertrofia con beneficio por duplicado: Para sus titulares, por un lado y para la colectividad por otro»

(59) Véase LAUBADERE: *Manuel...*, loc. cit., pág. 211: «El criterio clásico seguido por el T. C.» y por el «C. E., a principios de siglo, es el de... la iniciativa de la creación... Si corres-

mientras que la creación de las Empresas privadas de interés nacional suele ser debida a la iniciativa estatal que, a este fin, desenvuelve una acción positiva de fomento. Estas Empresas, no son, como sucede en el Establecimiento de utilidad pública, el resultado de una protección pública dispensada a determinadas entidades creadas por particulares. Su origen, por el contrario, se debe, generalmente, a un llamamiento del poder público interesando a los particulares a la creación de tales Empresas, sin que a ello obste que, excepcionalmente, la declaración de interés nacional pueda realizarse sobre Empresas creadas con anterioridad (60).

b) *Por la naturaleza de la actividad que desarrollan*, pues los Establecimientos de utilidad pública son servicios de carácter administrativo, esto es, servicios que cumplen una función que podría denominarse social, tal como enseñanza, asistencia benéfica, etc. cuyas prestaciones, generalmente, suelen ser gratuitas (61). Al contrario, las Empresas de interés nacional, como Empresas mercantiles que son, tienen un contenido esencialmente económico. Si el altruismo, el deber cívico o la caridad, suelen ser los móviles que inducen a los particulares a la creación de los Establecimientos de utilidad pública, en las Empresas privadas de interés nacional, el particular persigue la realización de un interés propio, con frecuencia la obtención de una ganancia (62).

ponde al Estado hay Establecimiento público, si corresponde a los particulares, hay Establecimiento de utilidad pública».

(60) En España la Ley de 24 de octubre de 1939, dice: «...Cuando las necesidades de la defensa o la economía nacional aconsejen el establecimiento en España de una industria y se haga preciso estimular la iniciativa privada para su implantación, podrá ser declarada, previos los informes técnicos y económicos correspondientes, de interés nacional». (En este mismo sentido se deben citar los arts. 1.º, 2.º y 3.º del Decreto de 10 de febrero de 1940, los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1940; los artículos 1.º y 2.º del Decreto de 23 de mayo de 1937, etc...).

No obstante, y a título de excepción, se recogen en nuestra legislación algunos preceptos en los que se admite la declaración de interés nacional sobre empresas ya existentes: En este sentido, el artículo 7.º de la Ley de 24 de octubre de 1939 y el Decreto de 10 de febrero de 1940, artículo 4.º.

(61) DUEZ y DEBYRE, loc. cit., pág. 600: «...Entre las obras privadas que persiguen un fin desinteresado, la Administración tiene a bien distinguir cierto número de ellas que estima particularmente interesantes como hospicios, hospitales, centros de enseñanza, para ayudarlos y subvencionarlos».

(62) El artículo 3.º del Decreto de 10 de febrero de 1940, dice: «Pueden aspirar a los beneficios que se relacionan en la Ley de 24 de octubre de 1939 las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española... que proyecten industrias de marcado interés nacional...». Y a título enunciativo, las enumera.

También se define en el mismo sentido la Ley de 15 de marzo de 1940 (Auxilio a la Minería), el Decreto de 8 de agosto de 1946 («Deben considerarse de interés nacional las empresas mineras o metalúrgicas...»), el Decreto de 23 de mayo de 1947. (Industrias plásticas...), etc.

c) *Las consecuencias jurídicas de la declaración de utilidad pública y de interés nacional*, son diferentes, tanto en lo que respecta a las ventajas que el Establecimiento o la Empresa obtienen de la declaración, como en las medidas de control o intervención que la Administración se reserva como contrapartida de dichas ventajas.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que la doctrina considera que las ventajas que los Establecimientos de utilidad pública adquieren por consecuencia de la declaración pública formal, consisten esencialmente en el disfrute de una personalidad más completa (*personnalité élargie*). En las Empresas privadas de interés nacional, la declaración pública no tiene por consecuencia el otorgamiento de una más amplia capacidad jurídica, sino, fundamentalmente, el reconocimiento de ventajas económicas (tales como reducción de impuestos, elusión del pago de aduanas, etc.) y la titularidad de privilegios de derecho público (v. g. la posibilidad de expropiar, etc.) (63).

En cuanto a la contraprestación consiguiente al otorgamiento de tales ventajas, en el Establecimiento de utilidad pública, el Estado se limita a ejercer un poder de control externo o supervisión. En las Empresas de interés nacional, la Administración participa activamente en la gestión de la Empresa, y su control, lejos de ser accidental, se concibe como un presupuesto de su organización. La configuración mercantil de estas Empresas permite la incisión sin menoscabo de su unidad y autonomía. En ellas, pues, sin ser propiamente un titular, ejerce el Estado poderes de gestión que, en un régimen normal de Empresa, no hubiera podido realizar sin una previa aportación financiera (64).

(63) VILLAR PALASI: *La actividad industrial...*, loc. cit., pág. 127; «...Esta yuxtaposición colaboradora de las empresas privadas, les supone no una nación de más amplia capacidad en derecho, sino la titularidad de privilegios exorbitantes del régimen común societario o de empresas».

Esta nota característica de las Empresas de interés nacional, ha dado al traste también con otro criterio diferenciador de los Establecimientos públicos y de utilidad pública en la doctrina francesa. «...Este criterio (el de «*privilegio de puissance publique*») no es exacto, pues sabemos de una tendencia reciente en el derecho administrativo, que extiende el empleo de estas prerrogativas para beneficiar a las empresas privadas de interés general (o nacional)». (Vid. LAUBA-MURE: *Manuel...*, loc. cit., pág. 212).

(64) En nuestra Patria, la abundante legislación en la materia, preceptúa al detalle tanto los beneficios obtenidos por la Empresa con la declaración de interés nacional, como el control subsiguiente del Estado. Son aquellos beneficios, principalmente, la facultad de expropiación forzosa, reducción hasta de un 50% de los impuestos, garantía por el Estado al capital de un rendimiento mínimo del 4% anual, rebaja en los derechos de aduanas, etc.

«A cambio de estos beneficios, el Estado intervendrá en la implantación y marcha de la industria con la designación de un interventor y de un consejero delegado, con facultades suspensivas, así como se reserva la valoración por sus técnicos de las instalaciones». (Artículo 3.º de la Ley de 24 de octubre de 1939).

Resumiendo, pueden definirse las Empresas privadas de interés nacional como aquellas que, nacidas a impulsos de una acción estatal de fomento, por el interés público que representan, disfrutan ciertas ventajas que, derivadas de la declaración formal de interés nacional, suponen para el Estado un título que le permite intervenir activamente en la gestión de la Empresa.

IV.—Las Empresas nacionalizadas

La acción administrativa en el campo de la economía, materializada en las Empresas públicas, ofrece en nuestros días tal proliferación, que los estudiosos del Derecho Público ven con frecuencia truncados sus afanes sistematizadores, por la frecuente aparición de nuevas realidades positivas. En este sentido, las Empresas nacionalizadas, surgidas en Francia con la segunda Guerra Mundial, son objeto de especial estudio, sin que se haya podido determinar, de un modo concluyente, un diagnóstico satisfactorio de las mismas.

La acción pública, en los Estados contemporáneos, ejerce una fuerte presión sobre los resortes de las fuerzas económicas, en la intención de someter la efectividad de los principios o leyes inducidos por los economistas liberales. La reacción de estos economistas, apegados a las creencias del libre-cambio, pretende negar a esa intervención todo carácter científico (65), tendiendo a enjuiciarla, más como acción política o de gobierno, que económica (66).

No obstante, y a pesar de las acendradas críticas que el *dirigismo* o planeación económica ha suscitado (67), la realidad se le muestra favorable. Los esfuerzos de planificación no son baldíos, pues si el cumplimiento de los principios económicos liberales se hace depender siempre de la concurrencia de determinados supuestos de hecho, la acción públi-

(65) Véase J. JEWKES, loc. cit., págs. 139 y ss.—I. VON MISES: *Les illusions du protectionisme et de l'autarcie*. París, 1938, pág. 5. «...El libre-cambio es el más eficaz de todos los sistemas... Jamás ningún otro ha podido desplazar las bases de la doctrina libre-cambista».

(66) En expresión de J. JEWKES, «es de una comicidad ingenua imaginar que los líderes políticos de una economía planificada van a permitir tranquilamente a un grupo de expertos en economía y estadística, que pongan en funcionamiento un sistema económico de acuerdo con las últimas teorías... Es seguro que los políticos podrán, querrán o intervendrán efectivamente, para convertir en un embollio el plan más científicamente trazado...». (Véase J. JEWKES: *Juicio de la Planificación*. Ed. Aguilar. México, 1950, pág. 132).

(67) En Inglaterra, país tradicionalmente liberal, es donde peor ha acogido la doctrina las nuevas tendencias. El libro citado de JEWKES, se circunscribe en su crítica al país británico. Importantísima en este sentido es la obra de F. VON HAYEK: *Camino de Servidumbre*. El citado librito de VON MISES también está concebido en análogo sentido.

ca puede influir sobre éstos últimos, con lo que, de rechazo, el cumplimiento de aquellos principios queda indirectamente controlado.

La planificación se plantea como una acción del poder público, basada en tendencias antiliberales, encaminada a dirigir las fuerzas económicas, antes a merced de la iniciativa privada, impuesta por la necesidad de los Estados de constituir una economía fuerte e independiente que permita salvaguardar su integridad política.

El régimen capitalista, basado en los principios del libre-cambio, no reconoció fronteras a la industria y al comercio. La integridad política de los Estados se mantenía sobre la estricta realización de los fines considerados esenciales (Justicia, Policía de Seguridad y Defensa Militar). Hoy día, la intervención económica constituye un capítulo importantísimo en la obra de gobierno, pues resultaba en extremo paradójico el deseo de unidad e independencia de los Estados en contraste con el mantenimiento de una política interior y exterior de libertad en la industria y en el comercio.

De la acertada fundamentación de la economía en el país, se hace depender la realización de otros fines. La integridad del Estado, su unidad, exige una regulación y control de las fuerzas económicas, y de aquí deriva la necesidad del dirigismo, que se traduce en la adopción de medidas, tendentes a garantizar, en lo posible, una economía fuerte e independiente.

Son muchos los medios utilizados en favor de esta política (68): Unos, tienden a combatir los peligros del capitalismo en el interior, y, a tal fin, se facilita la competencia mediante el desarrollo de una acción de fomento y, en ocasiones, se aprovechan las ventajosas cualidades de las grandes industrias, pero sustrayéndolas a la dirección capitalista; otros medios tienden a contrarrestar los peligros del libre-cambio exterior, desarrollándose a tal fin una fuerte regulación de las exportaciones e importaciones, facilitada por una adecuada política fiscal aduanera, por la intervención de divisas, etc... Todos estos medios, fundados en el deseo de autarquía, dan como resultado necesario, la condenación del régimen capitalista que, destruidas las bases fundamentales del régimen liberal, a cuyo amparo nació, puede beneficiarse con fines incontrolados de las ventajas de unos principios, instaurados solamente para regir en aquellas condiciones de libertad desaparecidas (69).

(68) VON MISES, loc. cit. hace un estudio separado de cada uno de los principales argumentos que llevan al empleo de dichos medios: v. g. «el de la education industrielle», el del «prestige national», el de «la guerre», el de la «monnaie ou du change étranger», etc.

(69) CLEMENT ATLEE, en su libro *Hacia una nueva estructura social* (Trad. española. Barce-

En esta lucha anticapitalista de los Estados contemporáneos, adquiere un relieve singular, en Francia, las *Empresas nacionalizadas* (70). Su noción, debido a la falta de un estatuto-tipo que las regule (cosa que sucede en la mayoría de las Empresas públicas), aparece bastante imprecisa (71).

El común denominador que permite establecer cierta unidad en sus distintas manifestaciones, reside en su *finalidad*: Persiguen un interés público que implica la avanzada de un *plan general*, con el que se pretende sembrar, de un modo autoritario, las bases de una ordenación adecuada de las ventajas técnicas debidas a las grandes *Empresas*, sustrayéndolas *previamente a la dirección capitalista* (72).

lona, 1946), expone el programa y los móviles del partido laborista inglés, destacando un estudio de los males congénitos e incluso «absurdos» del régimen capitalista.

F. RODRÍGUEZ (En Rev. de Admón Pública, loc. cit.) hace una enumeración de los males del capitalismo (pág. 176): en primer lugar sobre los *monopolios* (según unos la degeneración del capitalismo, según otros—dice—su máxima expresión), expresando que derogan los fundamentos del régimen liberal en que se asienta, que entrañan la eliminación del riesgo y como consecuencia nos explica la existencia de un «beneficio injusto». Pone también de relieve la prepotencia política que los monopolios suelen conseguir. Expone igualmente el servicio defectuoso del régimen capitalista, que no produce artículos de primera necesidad por no considerarlos rentables y también el desperdicio de elementos productivos que sería más útil emplear en la satisfacción de necesidades generales. Igualmente, la *inestabilidad* que instaura el régimen capitalista: «Un orden social en el que todos los hombres no tienen garantizado el derecho a vivir, es un orden social injusto que hay que darse prisa en sustituir».

(70) Haciendo hincapié de modo principal en esa prepotencia que el capitalismo otorga al empresario, expone MURILLO FERRAZ la mentalidad del hombre capitalista: «...Si antes se presumía que el que ejercía el poder era rico, ahora se puede asegurar que el que es rico es poderoso... Esto significa que si hay una saciedad en la «riqueza de goce», no la hay en la «riqueza de poder»... Naturalmente la reacción principal contra este tipo de riqueza habría de hacerse también en nombre del poder... En las primeras Nacionalizaciones se trata expresamente de devolver a la Nación el poder de que se había visto despojada por el capitalismo privado». (*El poder económico*. En Rev. de Admón Pública, 1950, pág. 260).

(71) «El régimen legislativo de las personas no territoriales (las institucionales) es absolutamente *anárquico*. No cada clase de personas o entidades, sino cada persona pública particular tiene un tratamiento legal especial». (Vid. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta...*, loc. cit., pág. 124).

(72) LOR. (*Essai sur la notion de service public en Droit Administratif Français*. Thèse Grenoble, 1950, pág. 324) señala cómo los motivos de interés público en las Nacionalizaciones se deducen de la importancia de las actividades a que afectan, en una política de economía dirigida. El Estado—según este autor—debe intervenir para dirigir la actividad de estas empresas de acuerdo con un *plan general*, y para mejor utilizar las fuentes de capital de que disponen.

En Francia una Orden de 16 de enero de 1945 advierte respecto a la «Régie Renault» la misma pretendida finalidad de carácter general ajena a la satisfacción de las necesidades concretas que dicha industria pudiese satisfacer. Se dice en ella que al Estado corresponde iniciar un Programa de modernización rápida de la técnica de esta industria, perfeccionando los métodos de fabricación y venta. «La necesidad para el Estado—expresa—de dar ejemplo y constituir el *pivot* de tal esfuerzo, es clara ante el estado actual de la industria del automóvil en Francia».

Jurídicamente, se presenta la Nacionalización como una forma particular de expropiación forzosa de acciones, que es especialmente regulada por el legislador en cada una de sus manifestaciones (73). Política y administrativamente, presenta en su calificación mayores dificultades:

Se dice, a este fin, que con las Nacionalizaciones, caracterizadas por su marcado anticapitalismo, se pretende evitar la dirección privada de las grandes Empresas. Algunos autores piensan que con ellas, se pretende, del mismo modo, evitar el capitalismo de Estado, y de ahí que se generalice la opinión de que las Nacionalizaciones son una figura intermedia entre la *socialización* y el *estatismo* o estatización (74). Se diferencian de la estatización en que las nacionalizaciones no persiguen primordialmente un beneficio fiscal, pues ello va abiertamente contra su sentido anticapitalista, y en que los fines de éstas, no se contraen a la realización de una determinada Empresa, cual sería el caso de la estatización, sino que persiguen la realización de un plan de conjunto; persiguen todas una finalidad común, aunque distintos sean los fines específicos de cada una de sus concreciones. La Empresa nacionalizada se mantiene alejada, igualmente, de la mera socialización, si por ésta debe entenderse la transferencia plena de la propiedad y gestión de la Empresa a manos de la colectividad.

El término Nacionalización es de origen francés, y no se debe olvidar el carácter esencialmente político que los franceses asignan a la palabra Nación. No obstante, pretenden evitar que se considere la Nacionalización como una simple estatización y, a este fin, se descubre en ellos cierto afán por evitar el confusionismo (75). A este fin, en el preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, que perfila el alcance de la Nacionalización, se dice que «todo bien, toda Empresa que ten-

(73) Vid. LAUBABERE: *Traité...*, 1957, págs. 809 y 810.

(74) Para CHENOT (*Organisation économique de l'Etat*, Dalloz, 1951, pág. 357), nacionalizar es transformar para el interés general la gestión de una empresa eliminando la dirección capitalista. En el mismo sentido VEDÉL: (*La technique de las Nationalisations*. En *Droit Social*, 1946 pág. 93).

Según GENDARME los Estados han buscado la forma de aumentar sus medios de acción sobre la economía, dirigiéndose unos hacia el socialismo, otros hacia el capitalismo de Estado, ocupando el término medio las Nacionalizaciones. Se diferencia—según este autor—la Nacionalización del estatismo, en que en este último la empresa queda sometida a una estrecha dependencia y control del Estado, en tanto que la Empresa Nacionalizada disfruta de la autonomía financiera y se beneficia de las reglas de la gestión industrial y comercial. Se diferencia de la socialización en que esta última obedece a un plan integral, mientras que el plan de las Nacionalizaciones, afecta a determinados sectores de la economía. Vid. GENDARME: *L'expérience française de la Nationalisation industrielle et ses enseignements économiques*. Librairie de Médecis. París, 1950, págs. 17, 18 y 27-28.

(75) Véase MURILLO FERROL: loc. cit., pág. 258.

ga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional, o de un monopolio de hecho, debe transformarse *propiedad de la colectividad*, precepto que sirve de base a Rivero para definir la Nacionalización como «transferimiento de la propiedad de una Empresa a manos de la colectividad» (76).

En buenos principios—dice Murillo Ferrol—esto no es exacto y, al cabo, lo que se hace es lanzar una cortina de humo sobre la situación, enmascarándola. La Nacionalización —dice este autor—, es por su origen, constitutivamente *estatal, política* (77).

Pero si no es posible negar al Estado el valor preeminente que lo coloca como el verdadero artífice de las Nacionalizaciones, éstas, en sus concretas manifestaciones, y especialmente en su organización, adoptan formas con las que se pone de manifiesto ser su finalidad no sólo política, sino antes bien socializadora (78). En Inglaterra, por ejemplo, se ve clara esta intención, en el carácter apolítico que refleja la llamada *gestión aristocrática* de sus Nacionalizaciones (79). En Francia, adquiere mucho auge la llamada *nacionalización industrializada*, con activa participación gestora de representantes de los obreros y de los usuarios, frente a la *nacionalización estatizada* en la que el Estado asume por completo la gestión de la Empresa (80).

(76) Vid. RIVERO: *Le regime des Nationalisations*, París, 1948, pág. 1).

(77) MURILLO FERROL: loc. cit., pág. 258.

(78) DE CORAIL recoge la esencia de esta distinción y pone al descubierto el problema: «Nacionalizar—dice—no es confiar la gestión de una Empresa al Estado, pues ello abocaría a crear pura y simplemente nuevos servicios públicos (Estatización); pero se reconoce que el Estado debe necesariamente intervenir, y así, se plantea ante el legislador el conflicto entre el mantenimiento de la ideología propia de la Nacionalización y la necesaria defensa de los derechos del Estado». (Loc. cit., págs. 238 y 239).

(79) En Inglaterra... «antes de las recientes Nacionalizaciones laboristas se crearon el «Central Electricity Board», en 1926, la «British Broadcasting Corporation» en el mismo año y el «London Passengers Transport Board», en 1933. Estas empresas públicas no poseen capital social, obteniendo sus fondos con la emisión de obligaciones. Se rigen por Consejos poco numerosos, aristocráticos, y sus miembros, aunque nombrados por el Gobierno, tienen cierta independencia política, porque son inamovibles, y una vez nombrados, poseen absoluta libertad de acción. Claro está, que no pueden tener intereses propios en la rama de actividad económica que dirigen...». (Véase MURILLO FERROL, loc. cit., pág. 263).

(80) JEAN RIVERO, loc. cit., pág. 3: «...Sin duda, se puede concebir que el Estado, representante de la colectividad nacional, tome a su cargo, y por cuenta de ella, la gestión de una empresa... Se llega así a una *nacionalización estatizada*... El legislador, en la mayoría de los casos ha encontrado preferible otra fórmula: la *nacionalización industrializada*. En ella, la colectividad interesada se divide en tres elementos: los trabajadores de la empresa, los usuarios, y el Estado, representando el interés general. Estos tres elementos están representados en la dirección de la Empresa: es la fórmula de la gestión tripartita que inspira la mayor parte de las soluciones de derecho positivo...».

Generalmente, en las Nacionalizaciones, la propiedad y la gestión de las Empresas, son sustraídas a la dirección capitalista; y si con ello debe entenderse que el ejercicio de estas Empresas es sustraído a la iniciativa privada, así considerado, las Nacionalizaciones parecen contravenir los principios en los que se ha venido informando la evolución conceptual del servicio público, máxime si tenemos en cuenta la afirmación de Rivero, cuando dice que las Nacionalizaciones no traen siempre como consecuencia necesaria la creación de un servicio público, sino que, en ocasiones, *éste ya existía, bien en régimen de concesión, bien en forma de Empresa de economía mixta*, determinando su fin (eliminación de la dirección capitalista), el transferimiento de estas Empresas a la colectividad (81).

Sin embargo, creemos, no es oportuno confundir iniciativa privada y dirección capitalista. Las Nacionalizaciones respetan el ejercicio del esfuerzo social que el desarrollo de la iniciativa privada representa. Su finalidad esencial es asegurar a la colectividad las ventajas inherentes al ejercicio de la gran industria, eliminar los móviles capitalistas que pueden originar una desviación de las finalidades pretendidas y, finalmente, y puesto que no existe posibilidad de libre concurrencia entre Empresas, suplir el libre ejercicio de la actividad, de imposible o, cuando menos, de inconveniente realización, por la incorporación a la gestión de estas Empresas de todos los intereses sociales (obreros, consumidores y, en ocasiones, capital privado).

Además, si contemplamos, de un lado, la necesidad de los Estados de construir una fuerte economía que permita salvaguardar su integridad política, y de otro, el hecho de que las Nacionalizaciones se aferren sobre las grandes Empresas que el capitalismo construyó, la idea del *Poder Económico* (Murillo Ferrol) no es desechable; la Economía lleva camino de ocupar un lugar preminente junto a los fines esenciales del Estado, fines con cuya realización se tiende a mantener la integridad política de un país, y si, por este motivo, las Empresas Nacionalizadas deben ser consideradas como servicios afectos a la realización de esos fines esenciales, ello por sí solo, justificaría en todo caso, su carácter de excepción a la normal evolución del servicio público.

(81) Véase Rivero: loc. cit., pág. 2: «La Nacionalización no tiene necesariamente por resultado el transformar una empresa privada en servicio público. Es posible a veces, que la empresa nacionalizada sea ya un servicio público... Ello es porque ciertos modos de gestión de los servicios públicos no eliminan la dirección capitalista... es el caso de la concesión... y también el de los servicios explotados en régimen de economía mixta...».

CONCLUSIONES

Primera.—Entendemos por servicio público aquella actividad que tiende a satisfacer necesidades colectivas, en cuya satisfacción se muestra un interés público, que garantiza el Estado supliendo una iniciativa privada defectuosa.

De esta definición, se derivan los dos elementos esenciales de la noción de servicio público, que son: 1.º Un interés público insatisfecho, y 2.º Una garantía pública adecuada de esa satisfacción.

Segunda. La subordinación en que la garantía se encuentra respecto del interés público insatisfecho, requiere, en principio, que dicha garantía tienda a asegurar únicamente la insuficiencia y, de ahí que sea un concepto de intensidad variable.

Tercera. La distinta intensidad de la garantía, materializada en la intervención autoritaria del poder público, es inversamente proporcional al desarrollo de los fines del Estado. A un mayor número de incumbencias públicas, debe seguirse una menor intervención autoritaria.

Cuarta. El reducido número de incumbencias públicas que el Estado liberal instauró, permitió el nacimiento de la noción institucional del servicio público, con el mantenimiento de un sistema inmutable de garantía del interés público, que se consigue al otorgar el carácter público a cada uno de los elementos materiales y personales que constituyen la base de la organización de estos servicios.

Quinta. A la creciente extensión de los fines del Estado ha seguido la crisis de la noción institucional, motivada, precisamente, por la indeclinable aplicación del principio enunciado, según el cual, la garantía del servicio público es un concepto esencialmente variable cuya función, tanto es el aseguramiento de un interés público, como asimismo que tal satisfacción sea lograda con el máximo respeto a los valores individuales.

Sexta. Las distintas formas de organización y gestión de los servicios públicos, son muestra elocuente de la virtualidad de ese principio. En ellos se advierte una suave gradación de formas de garantía que, partiendo de un modo centralizado, como expresión de un máximo de intervención autoritaria, llegan a admitir formas de servicio en que una intervención mínima las sitúa en la confluencia de las empresas privadas libres. Es, pues, el servicio público, el medio que permite dirimir, de forma satisfactoria, la tradicional contienda de Libertad e Intervención.