

ADMINISTRACION Y MERCADO. LOS LIMITES DE LA INICIATIVA ECONOMICA PUBLICA.

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DEL
EXCMO. SR. D. FELIX PONS IRAZAZABAL
(28 de Noviembre de 2000)**

S U M A R I O

1.- El reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica. 2.- La realidad preconstitucional: el principio de subsidiariedad. 3.- La legitimación causal para ejercer la actividad económica pública: posiciones doctrinales. 4.- La legitimación causal y la naturaleza de la administración pública. 5.- La capacidad y la personalidad jurídica de la administración: capacidad general o capacidad funcional. 6.- Iniciativa privada e iniciativa pública: autonomía y heteronomía de fines. 7.- La personalidad mercantil de la actividad económica pública como título de capacidad general. 8.- Naturaleza instrumental de las sociedades mercantiles públicas. 9.- El objeto social de las sociedades mercantiles públicas. 10.- El objeto social como límite externo y la seguridad del tráfico. 11.- Solución del derecho positivo y de la jurisprudencia: vinculación de la iniciativa pública de la actividad económica a los intereses generales. 12.- El concepto y la naturaleza de los intereses generales: el artículo 103 de la Constitución. 13.- La necesaria juridificación de los intereses generales. 14.- La normativización de los intereses generales mediante la cláusula del estado social. 15.- El control judicial del interés general. Necesidad y riesgos. 16.- La obtención de beneficios económicos como interés general. 17.- La vinculación al principio de rentabilidad como límite de la actividad económica pública. 18.- La cláusula del estado social como paradigma jurídico de los intereses generales. 19.- La cláusula del estado social y la iniciativa económica pública. 20.- Los intereses generales como realidad histórica: relativismo sociológico. 21.- Necesaria superación de la concepción relativista de los intereses generales. 22.- El interés común autónomo como legitimación causal de la actividad económica pública. 23.- La integración jurídica del interés común en la cláusula del estado social.

Como he recordado en alguna otra ocasión, bajo el techo de esta casa nací a la vida y bajo este mismo techo, de la mano de mi padre, se desveló mi vocación jurídica que, con el paso del tiempo, no ha hecho sino crecer y madurar. Este es, pues, el escenario físico de mi iniciación como jurista y en sus paredes están marcados los recuerdos imborrables de esta etapa de mi vida.

Entre otros recuerdos ocupa un lugar destacado el de Francisco Téllez Miguélez. Mi recuerdo más claro y hondo de Francisco Téllez no es el último, el del Registrador de la Propiedad riguroso y exigente. Es más bien el primero, el del Abogado sólido, rápido, de brillante concisión y amplísimos saberes. Durante más de dos décadas fue, junto con otro grandísimo Abogado –me refiero a Eugenio Redonet Maura–, imprescindible corresponsal en Madrid para las abstrusas tareas de la casación civil, entonces insondable arcano para los letrados de provincias. Aunque no sólo para ellos y no sólo entonces.

De Paco Téllez conservo no sólo admirativa memoria sino, además, en el archivo de mi padre, un copioso testimonio documental de escritos forenses y de cartas, en el que puede seguirse el rastro de su categoría como jurista y de su fidelidad en la amistad.

Es fácil comprender que la deferencia de la Academia al elegirme para suceder precisamente a Francisco Téllez me resulta especialmente honrosa y emotiva. Pero será más fácil comprender que esta sucesión me abruma. En primer lugar, porque de esa proximidad a una de las figuras míticas de mi itinerario jurídico yo habré de salir necesariamente empequeñecido. Y, en segundo lugar, porque para que la sucesión sea efectiva he de cumplir el trámite de leer un discurso de toma de posesión.

El trámite es para mí grato y estimulante. Pero he de evitar que de su cumplimiento deriven daños a terceros. Descartado casi por completo que la actividad pueda ser insalubre, nociva o peligrosa, me incumbe la responsabilidad de asegurar que tampoco resulte molesta o fastidiosa.

Desde hace muchos años vengo dedicando mi actividad como jurista al Derecho Administrativo y al Derecho Mercantil. Entre ellos he repartido ya que no mi ciencia sí, desde luego, mi pasión y mi interés. No sería delicado confesar hoy preferencias. Más bien esta bigamia jurídica me obliga, en esta ocasión, a ser doblemente complaciente y a dedicar por igual mis afectos intelectuales a estas dos ramas del derecho. Para ello era preciso encontrar un campo en el que ambas se entremezclasen hasta confundirse

y ahondar así en la convicción de un cierto monismo jurídico, que crece en nosotros a medida que nos empujan la experiencia y el estudio.

Cuanto más se avanza en la especialización, más artificial y peligrosa aparece la fragmentación del saber jurídico. Y más necesario nos resulta reconducir nuestras reflexiones a los conceptos básicos del tronco común.

Si decidí abordar las relaciones entre la Administración y el mercado y los límites de la iniciativa económica pública fue porque ésta es una materia en la que se entrecruzan las líneas de la más alta tensión del Derecho Administrativo y del Derecho Mercantil, un campo en el que se juega la naturaleza misma de la administración y la esencia de la sociedad mercantil. Pero al adentrarme en semejante piélago comprendí de inmediato todo el sentido de la prudente advertencia del físico Paul Davies, cuando se pregunta: “¿Cómo es posible que a pesar de que ningún fenómeno ocurre en el aislamiento, lleguemos a conocer algo sin saberlo todo?” No es preciso confesar mi incapacidad para conocer todo lo que hay que saber para acercarse con garantías a la materia enunciada y es obligado, por consiguiente, admitir mi temeridad y solicitar indulgencia por haber perseverado en el empeño.

En el artículo 128 de la Constitución “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Como tantas veces ocurre con las normas jurídicas, su simple lectura provoca una cierta perplejidad al intérprete, de la que sólo puede salirse si se acude a examinar las razones de la aparición de la norma y, casi tan importante como esto, a desentrañar todo aquello que no se dice en el texto pero que, en realidad, es lo que se quiere decir.

¿Por qué el ordenamiento constitucional de 1978 tenía que proclamar, bajo la forma peculiar del “reconocimiento”, la “iniciativa pública en la actividad económica”? Sencillamente, por coherencia con el fundamento básico del estado social y democrático de derecho que se instaura con la Constitución y, por consiguiente y sobre todo, para marcar con claridad el contraste con la situación anterior.

El Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de Junio, por el que se materializó la voladura del antiguo Instituto Nacional de Industria y en el que se erigieron la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, señalaba explícitamente en su preámbulo que “la promulgación de la Constitución y, consiguientemente, el establecimiento de un estado social y democrático de derecho determina la superación del modelo anterior. Se trata de un reconocimiento que trae como inevitable consecuencia, una reformulación del papel de la empresa pública”.

¿Cuál era esa situación anterior que el artículo 128 de la Constitución

tiene interés en declarar implícitamente superada? Esa situación no era otra que la resultante de la vigencia de un riguroso y obsesivo principio de subsidiariedad en la actividad económica pública.

Tempranamente, en 1938, el Fuero del Trabajo había proclamado que “en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan intereses superiores de la nación”. Más tarde, la Ley de Principios del Movimiento Nacional proclamaba que “la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado”.

Este diáfano planteamiento tuvo inicialmente una eficacia jurídica muy difusa o prácticamente nula. Su vigencia fue meramente semántica, lo que explica la promulgación de la Ley de 25 de Septiembre de 1941, de creación del INI, inspirada en criterios de muy difícil encaje en el principio de subsidiariedad.

El cambio de rumbo que se opera en la dirección de la política económica al final de los años cincuenta retoma el hilo ideológico de las leyes fundacionales del régimen y la legislación de los Planes de Desarrollo consagra una minuciosa concreción del principio de subsidiariedad. Así en la Exposición de Motivos de la Ley 45/1960, de 21 de Julio de 1960, de “Fondos Nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro”, se afirma que la ley responde al propósito de dar “un amplio desarrollo al principio de la acción subsidiaria del Estado” y que “para el cumplimiento de los fines que se establecen, el Estado no desconoce ni suplanta a la sociedad, sino que promueve, fomenta y ayuda a la actividad de las agrupaciones infrasoberanas, interviniendo subsidiariamente para encauzar, dirigir y fortalecer su acción espontánea de manera que, en la medida de lo posible, determinadas medidas exigidas por el bien general sean cubiertas autónomamente por ella”.

El precoz Decreto de 23 de Noviembre de 1962, de Directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, especificaba que “las nuevas actividades que se emprendan por las empresas nacionales hoy existentes, así como las de aquellas otras de igual clase que puedan crearse en el futuro atenderán a suplir la iniciativa privada o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas”. Este Decreto no hacía sino seguir fielmente las recomendaciones contenidas en el Informe para España del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de Agosto de 1962, en el que se señalaba que el gobierno español, al tomar las decisiones que se recomendaban, “debería guiarse, en términos generales, por el principio de que el INI no debe entrar en ningún sector en el cual la empresa privada esté actuando con resultados positivos o se dispone a entrar con arreglo a planes conocidos”.

Finalmente, la Ley del Plan de Desarrollo de 28 de Diciembre de 1963

estableció que para la creación de empresas nacionales y para la iniciación de actividades distintas por las ya existentes habría de constatarse previamente por el gobierno la “insuficiencia de la iniciativa privada”.

Hay que decir de inmediato que el principio de subsidiariedad no es un rasgo consustancial del esquema político dictatorial o autoritario sino una manifestación de planteamientos de economía liberal, más o menos presentes en las diferentes fases de la evolución del estado moderno. Por ello el fin del sistema político anterior no había de implicar necesariamente el abandono o la inhumación de los criterios de subsidiariedad en la intervención pública en la economía. Todo había de depender del enfoque y orientación del nuevo modelo constitucional. Esta compatibilidad teórica del principio de subsidiariedad con un modelo constitucional democrático explica que las polémicas doctrinales en torno a la conveniencia y vigencia de aquél no se hayan apagado con la promulgación del texto constitucional de 1978. Porque en el fondo, detectar las dosis de liberalismo y/o subsidiariedad apreciables en nuestra constitución, exige un ejercicio paralelo de interpretación de la opción del constituyente y de la orientación atribuida a lo que se conoce como “constitución económica”.

Es evidente que la presencia del principio de subsidiariedad supone un límite sustancial, enorme, a la iniciativa económica pública. Pero es evidente también que su propia lógica interna resulta imposible de cohonestar con la formulación del estado social de nuestros días. El estado social (también, inseparablemente, democrático y de derecho, por supuesto, pero evitaré la reiteración en aras a la brevedad) supone la superación de la concepción histórica que levantaba una barrera divisoria entre estado y sociedad. Hoy está claro que lo público no empieza donde acaba lo privado, que lo público no es una realidad marginal o residual. Hoy los poderes públicos tienen una función conformadora de la sociedad. El orden social no se concibe como una realidad autónoma organizada según un principio justo inmanente y espontáneo. La sociedad no es para el Estado, para los poderes públicos, un mero dato. Por el contrario, la sociedad y con ella la economía, pasan a ser materia que reclama su conformación de acuerdo con principios e ideales de justicia social. Como ha escrito Sánchez Morón, no se puede “considerar lo público como algo artificial, como una superestructura separada de la sociedad y enfrentada a ésta por esencia. Al contrario, lo público es también derivación de la sociedad y a ella revierte sus actividades”.

Sólidamente asentado en esta perspectiva histórica, el preámbulo de la Constitución proclama solemnemente la voluntad de garantizar un orden económico y social justo. En torno a la intensidad de la actuación pública conformadora de ese orden social justo ha florecido la polémica relativa a los

límites, es decir al alcance posible de la iniciativa pública en la economía.

Las palabras iniciales de esta exposición permiten, tal vez, ver ahora más claro el sentido y alcance del artículo 128 de la Constitución. Al reconocer sin mayores precisiones ni matices la iniciativa económica pública parece que se hace imposible la reconstrucción del principio de subsidiariedad a partir del texto constitucional. Pero ese mismo laconismo ha dado pie a posiciones doctrinales contrapuestas que interpretan el alcance de ese precepto precisamente a partir de su compatibilidad o incompatibilidad con el principio de subsidiariedad.

Para una corriente doctrinal encabezada por el mercantilista A. Rojo no hay duda de que la Constitución ha derogado inapelablemente el principio de subsidiariedad. Pero esta conclusión, fácil de compartir y ratificada por la Jurisprudencia constitucional, lleva a quienes la sostienen a articular una defensa de la iniciativa económica pública que, a mi juicio, no guarda relación con el objetivo de cerrar a cal y canto la posible resurrección de la subsidiariedad. Para Rojo la iniciativa económica pública que reconoce la Constitución es incondicionada, ilimitada. Rechaza cualquier distinción entre la iniciativa económica privada (ejercida al amparo de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución) y la iniciativa pública del artículo 128. La Constitución, para Rojo, consagra el principio de “coiniiciativa económica”, según el cual, al igual que la iniciativa privada no necesita legitimarse tampoco a la iniciativa pública le es exigible una legitimación causal. No acepta la exigencia de una legitimación causal. Para Rojo exigir que la creación de una empresa pública responda a un interés general supone establecer “un límite inmanente de la iniciativa pública” que, a su juicio, carece de cobertura constitucional y que “restringe la efectividad del principio (del artículo 128) en la medida en que, en su opinión, es difícil apreciar la existencia de un interés auténticamente general para la iniciativa pública”.

Para Rojo no hay una relación teleológica entre empresa pública e interés general. “La empresa pública, afirma literalmente, no tiene por qué perseguir necesaria y directamente el interés general”. Según este planteamiento, el derecho a la creación de empresas es “total y absolutamente independiente de la titularidad de la iniciativa” y “legitima la fundación o la creación de empresas (por la administración) con la única finalidad de la obtención de medios económicos”, es decir de obtener un beneficio.

Un importante grupo de mercantilistas y administrativistas se alinean aunque con formulaciones menos radicales que las de Rojo, tras la idea de la imposibilidad de exigir legitimación causal para el ejercicio de la iniciativa

pública (Serra Rexach, Linde Paniagua, Salas Hernández, GómezFerrer, Muñoz Machado).

En posición sustancialmente contrapuesta se encuentra la formulación encabezada por el administrativista G. Ariño. Para éste, la exigencia de la legitimación causal deriva hacia una neosubsidiariedad apenas encubierta. Lo que se sostiene es que la habilitación del artículo 128 de la Constitución es limitada y que si no se aceptase esta limitación la empresa privada podría verse afectada, o incluso suprimida, por una excesiva iniciativa del sector público en la economía, intervención que a la postre haría imposible el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa.

Pero esta preocupación carece de fundamento. Los riesgos de una intervención cuantitativamente excesiva tienen su adecuado tratamiento en el principio de paridad o igualdad que exige a la administración ejercer la actividad económica con sujeción a las leyes del mercado y de la competencia. Son, por tanto, las leyes reguladoras de la competencia las que impedirán las situaciones de dominio abusivo en el mercado de las empresas públicas. Y, por otra parte, no hay que olvidar que, si la administración entendiese que el interés general exige que un sector entero de la actividad se reserve al sector público, dispone de una habilitación específica para hacerlo en el mismo artículo 128 de la Constitución. En cualquier caso, del artículo 128 no es posible deducir un límite cuantitativo a la actividad empresarial pública y, además, tal límite no vendría determinado por la naturaleza de la habilitación constitucional sino por el obligado respeto a la libertad de empresa. Pero no hay que olvidar que ese respeto no es una exigencia específica que se imponga sólo a la administración sino una obligación general, que afecta por igual a los sujetos públicos y privados.

Hay que decir, sin embargo, que la finalidad respetable —y que personalmente comparto— de oponerse a cualquier construcción teórica que pretenda resucitar total o parcialmente, directa o indirectamente, el principio de subsidiariedad a partir del artículo 128, no exige llegar a la desvinculación de la iniciativa económica pública de los intereses generales.

Desde luego, es infundado el temor a que por la vía de la legitimación causal se esté introduciendo una neosubsidiariedad. Cuando se sostiene que el empleo del dinero público ha de responder a un interés público no se pretenden acotar los sectores materiales de la actividad económica pública. Una administración moderna y socialmente activa no ha de encontrar ningún obstáculo ni ninguna barrera entorpecedora que limite de forma improcedente su actuación en la exigencia de que esa actuación responda a la demanda del interés público. Precisamente el interés público puede aconsejar o demandar la iniciativa pública en un sector de la economía en el

que la iniciativa privada está presente y activa.

Lo grave del planteamiento de la exención de legitimación causal es que pone en cuestión nada menos que la naturaleza misma de la administración. El artículo 103 de la Constitución dispone que “la administración sirve con objetividad los intereses generales” y que “actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. El artículo 106 establece, por su parte, que los Tribunales controlan “la legalidad de la actuación administrativa”.

Si la decisión de una administración de ejercer la iniciativa económica se saca de este nítido esquema constitucional, una de dos: o se está postulando que esa decisión, en realidad, no es de la administración (aunque hay que recordar que el artículo 128 habla de iniciativa pública) o es imposible justificar su encaje en el principio de legalidad y en la naturaleza servicial de la administración.

Abordar el problema de los límites de la iniciativa económica pública desde la perspectiva y desde la distancia correctas obliga inexcusablemente a hacer una breve incursión en el campo de la personalidad jurídica de la administración y de su capacidad.

Decir que la administración puede ejercer la iniciativa económica de forma incondicionada, sin sujetarse a las limitaciones que pueden derivar del servicio a los intereses generales, implica –en efecto– postular un concepto de la administración pública que ni siquiera comparten muchos de los que defienden la exención de la legitimación causal.

No se trata de terciar en la espinosa cuestión del polémico principio de especialidad sino de dilucidar si la administración está revestida de una capacidad general equiparable a la de una persona privada o si la administración es en sí misma una creación funcional que se justifica y legitima únicamente en la consecución de unos fines. Y, con más razón e intensidad, se trata, sobre todo, de esclarecer si las empresas mercantiles que se crean para ejercer la iniciativa económica tienen o no esa capacidad general.

Para situar correctamente esta reflexión incidental posiblemente hay que examinar con carácter previo si la iniciativa privada y la iniciativa pública son equiparables en su estructura, naturaleza y fines. En nuestro contexto constitucional, se trata de esclarecer si la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 y el reconocimiento de la iniciativa económica pública del artículo 128 constituyen dos previsiones de idéntico contenido, con la única diferencia de referirse a dos sujetos distintos: el primero, a los ciudadanos privados; el segundo, a las diferentes administraciones públicas.

La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. La habilitación constitu-

cional expresa a la administración para ejercer la iniciativa económica no significa atribuirle la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de empresa del artículo 38. Son cosas profundamente diferentes.

La libertad de empresa es la expresión de un derecho de libertad. Como explica el maestro Galgano, el concepto de utilidad pública no es un elemento interno que forme parte de la esencia de la libertad de empresa que se reconoce a los sujetos privados. No puede decirse, por tanto, que la iniciativa económica privada es legítima únicamente en cuanto que es socialmente útil. Al revés, la iniciativa privada sólo es ilegítima cuando se enfrenta a límites o prohibiciones establecidos en las leyes. Y ello es así porque la iniciativa empresarial privada, al concebirse como un derecho de libertad, está al servicio de la autonomía de los privados para desarrollar fines propios, un proyecto de vida propio. Es, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, una “libertad del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales” (STC 132/1989, de 18 de Julio).

En la estela de Galgano, mercantilistas como Alonso Ureba y administrativistas como Parejo o De la Quadra, ahondan en la imposible equiparación de la iniciativa pública con la privada. Parejo parte de la base de la diferente naturaleza de la realidad pública y la privada. La capacidad de actuar y de autoorganizarse es también, por consiguiente, de naturaleza diferente.

La personalidad privada se basa en la existencia de un ente con fines propios a los que el ordenamiento constitucional protege con la atribución subjetiva de derechos y libertades fundamentales. El desarrollo de esos fines propios en régimen de libertad y de autonomía constituye la esencia de la personalidad privada.

Por el contrario, las administraciones están dotadas de una personalidad jurídica que nace del principio de la heteronomía. La administración, en tanto que organización, no tiene fines propios. Cabalmente, cuando aparecen fines o intereses propios de la organización administrativa nos hallamos ante una degeneración patológica. Frente a la autonomía de los sujetos privados, la administración se construye sobre el principio opuesto de la heteronomía, de suerte que, tanto en el ámbito público como en el privado, sólo cuenta con una capacidad jurídica constituida por la atribución individualizada de potestades-competencias, lo que vale decir como el resultado del proceso de identificación de intereses generales capaces de legitimar sus actividades y la elección de sus instrumentos públicos o privados. Si esto es así, parece evidente que del ámbito de la heteronomía no puede surgir una personalidad jurídica autónoma, capaz de actuar con libertad de fines. La administración, que es heterónoma por esencia, no puede engendrar sociedades mercantiles dotadas de autonomía. La genética

jurídica no admite este salto.

Por otra parte, uno de los límites que unánimemente se reconocen en el ejercicio de la actividad económica pública es el que obliga a ejercer esta actividad en el mercado, con sujeción a sus reglas, es decir en condiciones de paridad o igualdad con las empresas privadas. Este condicionamiento, entre otros, ha conducido a que la actividad económica pública se ejerza básicamente mediante la creación por la administración de sociedades mercantiles de capital.

Esto plantea de inmediato la necesidad de dilucidar si una empresa pública adquiere la autonomía de una empresa privada y, por otra parte, si los intereses públicos han de verse subordinados al funcionamiento de la normativa común del derecho de sociedades, especialmente a las reglas que se derivan de la regulación del objeto social y de los poderes de los administradores.

A mi juicio, aceptar que una sociedad anónima de capital íntegramente público se convierte en una persona jurídica dotada de las libertades y de la autonomía de fines que trascienden la capacidad de obrar de la administración que la ha creado es dar un paso contra las exigencias de la lógica jurídica. La capacidad de autoorganización no sólo tiene límites inherentes a la naturaleza de la administración (que impiden una utilización arbitraria de la personificación privada) sino que, cuando esa personificación privada aparece legitimada por la extensión de la potestad pública de la que emerge, estará marcada por los genes del ente que le da la vida. Si la administración no tiene fines propios sino que los fines son exteriores a la organización, la sociedad anónima, creada necesariamente para mejor servir esos fines e intereses generales (que son los que justifican la organización), no puede aparecer dotada de un ilimitado ámbito de libertad, equiparable al de un sujeto privado capacitado para ejercer una autonomía que no le ha podido ser comunicada (Parejo).

La reflexión se plantea, por tanto, a partir del proceso según el cual la utilización instrumental de las formas mercantiles se produce mediante la técnica de la personificación.

Una vez nacida la nueva sociedad mercantil cabe pensar que esa personalidad instrumental encubre una capacidad jurídico-privada idéntica a la de cualquier empresa y que su iniciativa empresarial no queda sujeta a los límites que el derecho público impone a la administración sino que ésta, disfrazada de sociedad anónima, se ha desprendido de su naturaleza instrumental (art. 103 CE) y heterónoma y puede dedicarse libremente a cualquier finalidad u objetivo lícito, como si de un sujeto privado autónomo se tratase.

A los mercantilistas les preocupa que la presencia de capital público en la sociedad anónima, ya sea con participación mayoritaria o como socio único, introduzca mecanismos de control en la gestión (directos o indirectos) de tal naturaleza e intensidad que acaben por difuminar la autonomía esencial de la empresa mercantil.

A algunos administrativistas, en cambio, les preocupa que la adopción de la forma mercantil de sociedad anónima implique la desvinculación de los fines de servicio al interés general de la administración y se confiera a la empresa pública una autonomía de fines que no se corresponda con el carácter público del capital ni de la administración.

Que la preocupación que estoy expresando en voz alta no es teórica lo evidencia un ejemplo práctico, tomado de la realidad más rigurosa e inmediata. En un recurso contencioso-administrativo tramitado ante el T.S.J. de Baleares, en el que se discutía la legalidad de determinadas iniciativas llevadas a cabo por una empresa que gestionaba un servicio público municipal, se defendía la licitud de lo actuado en otro municipio con el argumento de que esa empresa pública era una sociedad anónima y que como tal, podía explotar “como un particular” (sic) cualquier actividad en cualquier lugar, no con las limitaciones de los fines públicos municipales, ni con las barreras de la competencia territorial sino únicamente con las limitaciones que las normas generales imponen a un empresario privado, a una sociedad anónima privada. Es decir, prácticamente sin limitaciones en cuanto a fines.

Pero la adopción de la forma mercantil privada por las sociedades públicas no ha de significar la desvinculación de los fines de interés general que motivan su creación y que, como tales, deben estar presentes en la gestión de las mismas, sino simplemente el reconocimiento de que los modos de actuación y las formas organizativas que se han originado en el marco del derecho privado económico se muestran hoy más eficaces para el desarrollo de actividades empresariales por el sector público que los modos y formas que ofrece el derecho público.

La mercantilización del derecho administrativo no significa, por consiguiente, un cambio de naturaleza de la administración de manera que una organización nacida para actuar los fines del Estado (policía, servicio público, fomento) evolucione hacia una organización de carácter empresarial sin fines determinados o con finalidades meramente lucrativas.

La “huida al derecho privado”, la mercantilización del derecho administrativo, evidencia el fracaso del derecho de organización público, la incapacidad de engendrar instrumentos propios eficaces y la necesidad de adoptar las formas y los esquemas organizativos del derecho mercantil,

especialmente del derecho de sociedades. No se trata, por tanto, de una mutación sustancial de lo público, de una debilitación de sus fines o de su naturaleza. No se trata de una reducción de lo público sino de una llamada de lo público a los instrumentos mercantiles privados para mejor ejercer y cumplir sus fines de interés general.

Pero esa adopción instrumental de las formas privadas no puede servir para que el instrumento se desvincule de los objetivos públicos. La sociedad anónima pública es un instrumento al servicio de los principios que han de guiar la actuación pública, no una coartada que confiera cobertura legal a una actuación pública que ignore o contradiga la persecución de fines públicos.

Lo que se mercantiliza o privatiza no es, pues, el alma o la esencia de la administración, sino sus instrumentos.

Preservar esa alma y esa esencia públicas, manteniendo la iniciativa empresarial de la administración asociada a la legitimación causal que nace de su naturaleza heterónoma, obliga a prestar atención a dos momentos diferenciados:

a) El momento de la decisión de ejercer esa iniciativa económica. Esa decisión consistirá necesariamente en el ejercicio de una potestad pública por un ente administrativo. Este acto estará sujeto al derecho administrativo y, por supuesto, a todo el ordenamiento. Exigir a la administración que la actividad empresarial que proyecta llevar a cabo responda a la obligación de servir a los intereses generales, tiene su paradigma sustantivo y procesal claramente definido.

b) Más problemático es el segundo momento. Cuando la sociedad mercantil creada por la administración inicia su actividad ¿hay que entender que la personificación como sociedad mercantil le otorga una capacidad general y una autonomía privada o persiste la vinculación finalista?. En concreto ¿cómo se resuelve la actuación de una sociedad anónima pública que va más allá de su objeto social y no por decisión de sus administradores sino por acuerdo de su Junta General? ¿Serán de aplicación a esta actuación “excesiva” o “atípica” las reglas ordinarias de las sociedades mercantiles? ¿Será ilimitado el ámbito del poder de representación de sus administradores? ¿Operará el objeto social como mero límite interno de la actividad de la sociedad?

Algunos administrativistas, como Encarnación Montoya, se inclinan por dar prioridad a la protección de los intereses de terceros, es decir a la prevalencia de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil. Para Montoya la modulación o modificación de las reglas mercantiles relativas al objeto

social, para mantener la vigencia prevalente de los fines públicos, supone instaurar el principio de especialidad. Rechaza, por tanto, que el objeto social asignado por la administración al crear una sociedad anónima pueda operar como límite del poder de los órganos sociales si las normas mercantiles no establecen ese límite. Esto significa que frente a terceros de buena fe no podrá argumentarse que la actividad de los administradores de la sociedad excede de los fines públicos asignados en su objeto social. Y significa, además, que la legitimación para exigir el cumplimiento y respeto a los fines públicos se limita a las personas concretas que contraten con la sociedad mercantil creada por la administración.

Montoya reserva la posibilidad de reaccionar frente a una actuación desbordante del objeto social al supuesto de que las operaciones contratadas por la sociedad se refieran a actos con naturaleza de función pública o que lleven consigo el ejercicio de potestades administrativas exorbitantes. En tal caso la sanción de nulidad no deriva de una capacidad de la sociedad limitada por su objeto social sino del principio de legalidad inherente a toda potestad pública.

Admite Montoya que el objeto social adquiere trascendencia a efectos del régimen jurídico aplicable en los supuestos en los que una sociedad instrumental sea un vehículo a través del cual la administración ejerce sus competencias (por ejemplo, la prestación de un servicio público). En este caso entiende que el objeto social no puede ser rebasado, ampliando las actividades más allá de la competencia material que se ejerce a través de la sociedad. Y estima que la aplicación de las reglas mercantiles del objeto social no pueden significar un mecanismo para eludir la aplicación de la ley, para atribuir un ápice de potestad al margen de la ley, porque en este caso la sanción sería la nulidad radical de lo actuado.

Estas excepciones abren un amplio abanico de límites a la actuación de las sociedades mercantiles creadas por la administración, pero no resuelven –ni mucho menos– los supuestos que la realidad plantea cuando una sociedad no es el instrumento del ejercicio de una competencia o cuando su actividad más allá del objeto social no implica el ejercicio de potestades públicas. ¿Qué ocurre cuando una sociedad pública que ejerce una actividad típicamente industrial o mercantil decide llevar a cabo otra actividad diferente? ¿Hay que aplicar en estos casos las reglas mercantiles que protegen la seguridad del tráfico? ¿Hay que aceptar que sea la propia empresa y no la administración la que decida una ampliación de sus fines? Dando por sentado que todas las finalidades de una sociedad mercantil han de ser definidas como públicas por la administración en el momento de su creación, ¿habrá de aceptarse que la protección del tráfico jurídico se sobreponga a la exigencia del interés general?

¿Puede “CALVIA 2000, S.A.” llevar a cabo actividades lucrativas en Palma o en Manacor no en virtud de convenio con esos municipios sino al amparo de una supuesta capacidad general que le permite anunciarse en las páginas amarillas y actuar “como un particular”? ¿Puede la “EMPRESA MUNICIPAL DE INFORMATICA, S.A.” de Palma abrir al público sucursales de consultoría informática en Menorca, en Sevilla o en París, en ejercicio de una libertad de empresa que habría de serle reconocida por su simple condición de sociedad mercantil? O ¿puede la recién constituida entidad “CARN ILLA, S.A.”, concebida como instrumento de política económica para incidir –como se afirma en la norma que la crea– en la producción, industrialización y distribución de la carne mallorquina (es decir, actividad económica de la administración químicamente pura), abrir en La Coruña una planta de fabricación de camiones frigoríficos con destino al mercado internacional o comprar fincas en Extremadura para la cría de cerdos?

El Tribunal Constitucional (Sentencias 14/86 y de 24 de Febrero de 1994) ha sentenciado gráficamente que “la capacidad jurídico privada no es título de competencia” y que “admitir lo contrario sería tanto como aceptar que basta con convertir Direcciones Generales y otros centros directivos de los departamentos que forman la administración del Estado en sociedades anónimas u otros entes de derecho privado, para ignorar y burlar la distribución de competencias”.

Es decir, la capacidad jurídico privada no amplía la libertad de la administración. Esta clara y elemental formulación impide extender al ámbito de lo público la doctrina de la capacidad general y plena de las personas jurídicas, introducida en nuestro país por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1959, en la que –como es sabido–, recogiendo literalmente la teoría realista de Ferrara, se afirmaba que el fin de las personas jurídicas “no constituye por sí un límite” de su capacidad, “en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin”. Ferrara añadía, “o lo traicionen”. El Tribunal Supremo no se abrevió a seguirle hasta tan lejos.

Pero ya señaló Garrigues que “la personalidad jurídica (de las sociedades mercantiles) es sólo un expediente técnico de unificación y no constituye un ser al margen de la escala zoológica”.

La doctrina administrativista, en general, acepta el carácter puramente instrumental de la personificación jurídica privada. La personalidad jurídica de la administración o de los entes mercantiles por ella creados no

es una realidad autónoma porque no trae causa de ningún substrato sociológico directo o indirecto que pueda prestar a aquélla unos fines propios e independientes (Parejo). La personalidad jurídica así concebida se reduce, pues, a un recurso técnico articulado para la realización efectiva del interés general.

El mundo de lo público, por consiguiente, no atribuye una personalidad tendencialmente universal. La decisión de iniciar una actividad económica es una decisión pública que, en cuanto actividad de la administración, cae bajo los efectos insoslayables de los principios constitucionales de legalidad y de instrumentalidad al servicio de los intereses generales.

Al margen de matices doctrinales, la jurisprudencia y el derecho positivo tienen establecida una clara vinculación de la actividad económica pública con los fines públicos o generales. Esto resulta claramente de la legislación estatal (Ley de Entidades Estatales Autónomas, LOFAGE, Ley General Presupuestaria) y aún más claramente de la legislación que regula nuestra realidad administrativa más próxima e inmediata.

La LBRL establece nítidamente que los entes locales tienen personalidad jurídica y plena capacidad sólo “para el cumplimiento de sus fines” y el TRRL subordina el ejercicio de la actividad económica a que ésta sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

La Ley de Entidades Autónomas y Empresas Públicas de la Comunidad de las Islas Baleares, 3/89, de 3 de Marzo, acota la competencia para constituir sociedades sujetas a normas civiles y mercantiles a que tales sociedades tengan por finalidad “conseguir los objetivos asignados en el Estatuto de Autonomía”, cuyo artículo noveno, señala explícitamente como finalidades propias de las instituciones de autogobierno, la libertad, la justicia, la igualdad y el progreso socioeconómico entre todos los habitantes de las Illes Balears.

La Jurisprudencia por su parte, con el pronunciamiento emblemático –y, por otros motivos, polémico– de la Sentencia del caso conocido como “Iniciatives” (de 20 de Octubre de 1989), ha declarado que “mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos, todas las actuaciones de la administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente ha de concurrir”. Esta doctrina rechaza explícitamente “las actuaciones empresariales públicas carentes de justificación” (es decir, carentes de legitimación causal) y resume su posición afirmando que “la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a que la actividad empresarial que se vaya a

desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación”.

La necesidad de que concurra el interés público en la decisión de crear una empresa pública para ejercer la actividad económica del artículo 128 de la Constitución ha sido, en fin, ratificada también por el Tribunal Constitucional (Auto de 21 de Febrero de 1991, referido al caso “Iniciatives”).

Pero llegar a la conclusión de que la actividad económica de la administración, por su carácter constitucional de pública, no puede desvincularse del mandato del artículo 103 de la Constitución, que impone el servicio ineludible a los intereses generales, no es, contra lo que puede parecer, haber llegado a un final satisfactorio de la reflexión iniciada. Más bien significa abrir los interrogantes más problemáticos que acechan a esta materia.

Porque decir que la creación de empresas para llevar a cabo actividades económicas —en cuanto decisión de la administración— habrá de respetar ese mandato de servicio a los intereses generales, no es decir mucho si no se cuenta con un repertorio claro y fiable de esos intereses. Afirmar que la administración sólo podrá emprender una iniciativa económica si ésta responde a las exigencias del interés general implica, por tanto, cerrar el capítulo abierto por quienes sostienen que no es necesaria la legitimación causal para aquella actividad pero supone, simultáneamente, abrir la caja de Pandora de los intereses generales, de su definición y constatación y del eventual control de esta tarea.

Alejandro Nieto, en su imprescindible trabajo sobre esta materia, recomienda a los juristas responsables que se aproximen a ella con modestia, tratando de construir “un aparato intelectual que les permita utilizar jurídicamente los conceptos normativos que aparecen en la Constitución y en las leyes”. Porque el concepto de intereses generales está, en efecto, rodeado de trampas y de peligros para el jurista. “La administración, dice Nieto, está al servicio de los intereses generales; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza: ni en qué consisten esos intereses generales, ni quién ha de determinarlos, ni, en fin, si cabe un control judicial posterior a las definiciones que quien quiera que sea haya hecho previamente”.

Pero no disponer de un punto de partida hecho de certezas no nos exime del esfuerzo intelectual exigido por nuestros objetivos. Tampoco sus desgarradas palabras le sirven a Nieto de coartada para renunciar a la búsqueda, por lo menos, de certidumbres templadas.

El primer problema a resolver es si los intereses generales son una

realidad metajurídica que se impone a la realidad social desde fuera del ordenamiento jurídico o bien son el resultado de una creación normativa que algunos denominan “artificial” en contraposición a un bien común de origen natural, trascendente a la sociedad y a su organización histórica jurídicopolítica. Sánchez Morón afirma que no puede utilizarse el “interés general” como un “concepto abstracto o ideológico distinto ópticamente de la pluralidad de intereses sociales en presencia. Los poderes públicos han de actuar los intereses que emanan de la sociedad, del pueblo en su conjunto como titular de soberanía; los poderes públicos actúan publicitando –es decir, dotando de medios públicos de gestión y tutela– una serie de intereses sociales concretos”.

A estas alturas, reconoce A. Nieto, “no es lícito, desde luego, resucitar los viejos intereses naturales” (y algo de esto ha dicho el Tribunal Constitucional en relación con las competencias de los Entes Locales). Pero si los intereses generales no son “naturales” ni “trascendentes” al orden social el problema radica en quién y cómo define esos intereses generales, con arreglo a qué paradigma y con qué procedimiento y eventuales posibilidades de control. Obviamente, se trata de una cuestión de la máxima trascendencia si, como hemos concluido, la actividad económica pública ha de legitimarse en el servicio a los intereses generales.

Lo primero que hay que sentar es que la afirmación del artículo 103 de la Constitución (“la administración sirve con objetividad los intereses generales”) no es descriptiva. No significa que todo lo que hace la administración se considera, por principio, hecho al servicio de los intereses generales. La administración –como ha dicho algún autor– no es el rey Midas de los intereses generales: no convierte en interés general todo lo que es objeto de su decisión.

El sentido del artículo 103 es, por el contrario, claramente normativo, es decir, señala que la administración “debe” estar al servicio de los intereses generales y que, por consiguiente, su actuación debe buscar en la norma habilitante cuál es ese interés general que legitima su actuación.

Si la administración pudiese definir por sí misma lo que es el interés general de forma libre e incondicionada carecería de sentido el alcance normativo del artículo 103 de la Constitución, puesto que la Administración no estaría al servicio de los intereses públicos sino que se convertiría en definidora y creadora de esos intereses. No estaría a su servicio sino que los impondría a la sociedad.

Es cierto que la definición de los intereses generales no se encomienda siempre a la administración y que la capacidad de autodefinición de los

intereses generales a través de los órganos representativos de los entes territoriales (estatales, autonómicos y locales) plantea otros problemas. Pero hoy puede afirmarse que “los poderes públicos (no sólo la administración) no se legitiman ya con la simple invocación del interés general, sino por la norma constitucional que atribuye competencias y precisa el alcance de su ejercicio, es decir, lo delimita y limita” (A. Nieto). Ello es así, obviamente, porque –como hemos visto– el poder público es siempre un poder funcional, que existe en consideración a unos fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio. Las decisiones de los órganos públicos, recuerda M. Atienza, no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado.

Este es el fin de un proceso histórico mediante el que los intereses generales han pasado de cumplir una función claramente ideológica de legitimación del poder a ofrecerse como instrumento jurídico de limitación del poder. La ideología, por así decirlo, se ha normativizado y, por ende, juridificado.

Lo que nos interesa como juristas es si los intereses generales podemos encontrarlos en nuestro universo normativo. El problema no es, por tanto, si los intereses generales existen realmente en la sociedad y si su formulación y constatación pueden llevarse a cabo a través de una simple “verificación sociológica”. Lo que nos interesa saber es si los intereses generales están incardinados en la legalidad administrativa, si operan como factor negativo y positivo de la acción administrativa. Porque si los intereses generales son normas, si forman parte del Derecho, entonces se abre paso con naturalidad la intervención judicial que interpreta esas normas, la aplicación de ese concepto jurídico, su manejo por los operadores jurídicos. Y si esto es así los intereses generales se convierten incuestionablemente en un límite para la iniciativa económica pública.

La situación en esta materia se resume hoy, en nuestro país, en los siguientes términos:

a) Habida cuenta de la supremacía normativa de la Constitución, los Tribunales pueden subordinar la definición legal de un interés público a los condicionamientos implícitos en los principios constitucionales del Estado Social sobre los que se basa toda la Constitución. Es pacífico, por tanto, que el concepto y el alcance de los intereses generales han de buscarse en la Constitución.

b) El interés general se considera un concepto jurídico indeterminado prototípico. La administración determina ese concepto en cada situación o decisión concreta y el Juez verifica si el proceso intelectual de determinación ha sido correcto.

c) Finalmente, es frecuente que la decisión de iniciar una actividad económica se inscriba en un marco de discrecionalidad en sentido estricto. Es decir, que los criterios decisivos sean los de oportunidad, fiscalizables únicamente con las técnicas conocidas de control de la discrecionalidad, sobre las que –como es lógico– no hay que extenderse aquí. Sí interesa retener, porque resulta de extraordinaria importancia para esta reflexión, que una de las técnicas más estructuradas de control de la discrecionalidad es la del control de los fines a través de la motivación. Ello habrá de implicar que, aunque se considere que la decisión de la administración de iniciar una actividad económica se ampara en una potestad discrecional, siempre cabrá analizar los fines de esa decisión. Y esta operación reconduce al interés general puesto que las finalidades aceptables serán las que respondan al interés público general y las finalidades inaceptables serán aquellas en las que no resulte posible encontrar vinculación con un interés público reconocible como tal.

d) Este esquema ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional al señalar que “no cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicable a las respectivas materias, puede ser controlada frente a posibles abusos y, a posteriori (es decir después de la intervención de los Tribunales ordinarios) por este Tribunal”.

Es cierto que “si la juridificación de los intereses generales es el título que ha permitido a los Tribunales entrar en el control de las decisiones administrativas sobre los mismos, se está corriendo ahora el riesgo contrario, es decir, de caer en un nuevo decisionismo de los jueces, quienes, creando el derecho al margen de las normas e incluso en contra de ellas se escapan con frecuencia de la racionalidad normativa. Estamos ante un episodio más de la eterna tensión entre el juez como aplicador de las normas y el juez como creador de ellas o, si se quiere, entre el positivismo jurídico y el pretorianismo judicial”. Pero como recuerda A. Nieto “los juristas están a la vuelta de los grandes sistemas cuya comodidad hay que pagar a veces con la injusticia racionalizada y prefieren vivir pegados al caso concreto y al casuismo de la solución tópica para cada conflicto”.

En los años pasados una turbulenta polémica ha sacudido los cimientos de la doctrina administrativista española, motivada precisamente por los criterios encontrados acerca del alcance de las potestades judiciales de control de la administración. No es este el momento de evocar esa polémica ni, mucho menos, de terciar en la misma. Pero si se acepta que la actividad económica de la administración, aunque se ejerza instrumentalmente bajo la personificación privada de una empresa mercantil, no escapa del campo gravitatorio del servicio a los intereses generales, entonces o bien se

concede a la administración libertad ilimitada para que emprenda cualquier actividad económica (lo que nos retrotraería al supuesto –ya rechazado– de que es de interés general todo lo que haga la administración), o bien esa actividad ha de estar necesariamente al servicio de un interés general que ha de explicitarse y que ha de poder conectarse con el paradigma constitucional y, por ende, ha de poder ser objeto de revisión y control.

Hace cuarenta y cinco años, García de Enterría, en su clásico trabajo sobre “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, ya advertía que “es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los municipios, evitando que la propia dialéctica empresarial, cuyas formas de gestión se adoptan leve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, o incluso dañosa, al interés de la comunidad vecinal”.

Esta advertencia suscita dos temas que han de ser objeto de necesaria consideración. El primero, si el puro ánimo de lucro, la finalidad de obtener recursos económicos, es un fin público de interés general capaz de legitimar cualquier actividad económica pública. El segundo, si existe una referencia jurídica mínimamente fiable para determinar qué iniciativas empresariales de la administración podrían subsumirse en el concepto indeterminado de interés general o “interés de la comunidad”, por utilizar la expresión de G. de Enterría.

El supuesto de la actividad económica como mera actividad empresarial lucrativa, desvinculada de la prestación de bienes o servicios a la comunidad territorial que representa el ente que decide iniciar aquella actividad, no es un supuesto de laboratorio o una hipótesis abstracta. Cada vez es más frecuente el fenómeno de empresas creadas por distintas administraciones cuya única finalidad es aprovechar las oportunidades de negocio en el mercado para obtener fondos aplicables posteriormente a actividades públicas. Empresas con capital exclusivamente público constituidas para optar a concursos de todo tipo en otros estados, en otras comunidades autónomas o en otros municipios. Y aún más frecuente, el caso de empresas de servicios públicos ya constituidas en un municipio que aspiran a vender su capacidad tecnológica o su especialización en el mercado, fuera de sus fronteras competenciales, no para prestar un servicio público sino simplemente para obtener beneficios mediante su irrupción en un mercado favorable. Tal vez este fenómeno responde a lo que algún autor ha llamado la “pérdida de la inocencia económica por parte de las administraciones públicas”. Es Sosa Wagner quien nos dice que “por su importancia, por su frecuente uso, por la amplitud misma de sus fines, el descubrimiento de la sociedad mercantil por la administración admite su comparación con los

grandes descubrimientos que han sacudido la vida en la Tierra. Y es que toda la timidez que hemos visto durante años en las administraciones públicas a la hora de hacerse presente en la vida económica, una timidez cuyo fundamento ideológico era tributario del dogma del abstencionismo liberal, se convierte con inusitada rapidez en audacia notable y en un desparpajo fecundo...La ideología liberal clásica –concluye F. Sosa– cruje haciendo realidad lo que dejó escrito Talleyrand: ‘es indispensable apoyarse en los principios; acabarán cediendo...’.”

Existe un consenso bastante amplio sobre la imposibilidad de una actividad económica pública meramente lucrativa. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que no existe en la Ley Fundamental “una competencia implícita para la actividad (pública) dirigida al incremento patrimonial”. Ello ha permitido a Bernhard Kempen afirmar que “toda actividad de tipo económico realizada fuera del giro o tráfico propio del sujeto público de que se trate es lisa y llanamente nula”.

Es bien conocida la directa conexión que existe entre nuestra Constitución y la Ley Fundamental de Bonn. No parece existir tampoco en la Constitución española una habilitación para el incremento patrimonial abstracto. Desde luego, esa habilitación no se deriva del artículo 128 ni de una interpretación sistemática del mismo. Si, como ya hemos aceptado, las administraciones no disponen de una capacidad jurídico-privada general tampoco poseen libertad para servirse del derecho privado como si se tratara de un sujeto ordinario. He aquí, pues, un límite de extraordinaria trascendencia para la iniciativa económica pública: la administración no es un empresario que justifique su existencia y actividad precisamente en la obtención de beneficios.

Algún autor ha entendido que el Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995 –ya invocado al principio de esta exposición–, por el que se suprimió el INI y el INH y se creó la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, implicaba un “certificado de defunción de la empresa pública”. Este autor –T.R. Fernández– ha señalado que “a partir de ahora sólo puede contemplarse –la empresa pública– como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como un instrumento de política económica o de política social”.

Pero, ¿es cierto que ese Real Decreto-Ley permite sólo la actividad empresarial pública lucrativa o, lo que es lo mismo, que la obtención de beneficios no sólo no está prohibida sino que deviene obligatoria para la iniciativa económica pública? Si eso fuese así, estaríamos ante un nuevo límite de la actividad empresarial pública. Esta no sería posible si no se organizase para obtener beneficios económicos. Interesa, por tanto, despejar

las dudas que siembra este planteamiento.

T.R. Fernández llega a su radical conclusión a partir de las exigencias del Tratado de la Unión Europea que obligan a las empresas públicas (gestionen servicios públicos o lleven a cabo actividades industriales o comerciales) a actuar en el mercado en absoluto pie de igualdad con las empresas privadas, es decir con sujeción estricta a las normas generales de la competencia y sin percibir ninguna clase de ayudas ni beneficiarse de discriminaciones o privilegios que puedan proporcionarles ventajas potenciales o efectivas. Es decir, con sujeción a los principios de paridad y de eficiencia.

Sin embargo, el hecho de tener que actuar las empresas públicas en el mercado con sujeción a las normas de competencia (lo que ha acelerado el proceso de privatización formal o de personificación jurídica privada de la actividad económica de la administración) (N. de la Serna), no tiene por qué excluir de esas actividades cualquier finalidad pública útil que no sea la de producir rentas para las arcas públicas o, hablando en plata, para y simplemente ganar dinero.

Cuando la filosofía que inspira el Tratado de la Unión, o lo que T.R. Fernández llama la nueva cultura de la empresa pública, impone que la actividad económica pública se organice con criterios de rentabilidad y eficiencia no está definiendo fines u objetivos. La prohibición de empresas públicas deficitarias alimentadas con fondos públicos para subsistir en el mercado tiene por finalidad no sólo proteger la transparencia de ese mercado y el esfuerzo de las empresas que podrían verse privadas de sus beneficios –pese a un planteamiento saneado y eficiente de sus actividades sino asegurar que la obtención de fines públicos bajo forma privada no se haga a costa del mercado. Pero la rentabilidad no es el objetivo o finalidad de las empresas públicas en el nuevo marco sino la condición o presupuesto. Es cierto que las empresas públicas deberán ser rentables y eficientes pero esto no significa, no puede significar, que la existencia misma de la empresa pública obedezca a la finalidad de la rentabilidad sino que forzosamente habrá de responder a una finalidad pública específica, vinculada de alguna forma a la satisfacción de intereses generales.

Si la actividad económica empresarial de la Administración se convirtiese pura y simplemente en una actividad recaudatoria estaríamos ante un giro de una magnitud no apuntada todavía. Y más si los ingresos procedentes de la actividad económica amplían su base en la financiación de la actividad de la administración. Estaríamos ante una grave erosión de la finalidad redistributiva de las haciendas públicas y ante un claro desvanecimiento del principio del sostenimiento solidario de las cargas generales a través de los impuestos. Estaríamos viajando hacia una nueva

galaxia histórico-política, hacia una “terra incógnita” que, desde esta orilla de la cultura constitucional, nos parece francamente inhóspita.

Por otra parte, semejante planteamiento implicaría una expansión ilimitada y abstracta de la actividad pública bajo forma privada. Si la rentabilidad no se contempla como condición o presupuesto sino que se eleva a elemento legitimador y a fin público en sí mismo, todas las actividades imaginables –sin limitación material alguna– pasan a ser potencialmente accesibles a las empresas públicas, propiciando una expansión de la actividad pública más allá de toda razón o conveniencia del interés general. El interés general único sería “ganar dinero” y ello sólo justificaría ya, por tanto, la creación de empresas públicas con el único objetivo de aprovechar en cada momento las posibilidades de rentabilidad del mercado, por muy sórdido y alejado del interés social que pudiese ser el sector de actividad que ofreciera esa rentabilidad.

La nueva concepción de la empresa pública habría desembocado en un resultado paradójico. La sujeción de la actividad económica a la igualdad en el mercado no habría tenido como consecuencia una limitación de la presencia de los recursos públicos sino que, contrariamente, habría ampliado el territorio de las inversiones públicas hasta un horizonte invisible siempre que el objetivo –y el resultado– consistiese en ganar dinero. La naturaleza de la actividad, la materia social afectada, devendría irrelevante.

Pero el giro que subyace a todo este planteamiento no es jurídico sino económico y, por ende, político. Lo que aquí parece liquidarse no es la intervención pública en la economía sino una determinada manera de esa intervención. La primera mitad del siglo XX ha vivido alimentada por el keynesianismo, a la sombra del cual han gozado de legitimidad social y política los déficits presupuestarios, los endeudamientos públicos, las subvenciones a déficits de explotación de empresas públicas o a sectores económicos improductivos. El arraigo profundo de estos criterios (cuya justificación histórica no es el momento de analizar) se ha debido a la convicción imperante –más o menos generalizada– de que los beneficios sociales que se obtenían con su aplicación compensaban las innegables disfunciones económicas y financieras.

El punto de inflexión de este planteamiento sobreviene cuando se cuestiona la bondad del sistema precisamente por su coste social. Llega un momento en que las disfunciones económicas adquieren tal envergadura que los beneficios sociales que aparentemente propician son contrarrestados por evidentes costos sociales generalizados (inflación, inestabilidad monetaria, desempleo, etc.) que gravan las economías más modestas.

El Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995, de creación de determinadas entidades de derecho público, positiviza este giro. Frente a la idea anterior, según la cual la rentabilidad social de las inversiones públicas no se medía por su rentabilidad económica sino por su capacidad de intervenir activamente en sectores necesitados de conformación y cohesión social, ahora el RDL afirma solemnemente que “un sector público rentable también lo es socialmente” y que “la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”.

Pero de la misma manera que en el sistema anterior la finalidad del sector público no era perder dinero nada autoriza a afirmar que en el nuevo marco de la eficiencia y de la competitividad de las empresas públicas su único objetivo es ganar dinero. De lo que se trataba entonces y de lo que se trata ahora es de atender intereses sociales. La diferencia estriba en que ahora el legislador (traduciendo la nueva cultura europea) exige que esa atención se realice mediante empresas saneadas que no echen sobre las espaldas de la sociedad —especialmente de sus sectores más débiles— no ya sus déficits de explotación, sino la crisis del sistema, con un costo social inasumible.

El segundo de los temas apuntados era el de si existe una referencia jurídica fiable para determinar qué actividades económicas de la administración pueden considerarse de interés general.

¿Existen unos fines públicos determinables, positiva o negativamente?
¿Tenemos disponible un paradigma en el que estén escritos los fines que las empresas públicas pueden perseguir o, por lo menos, del que podamos deducir aquellos fines que no son aceptables?

A mi juicio ese paradigma existe y no es otro que el de la cláusula del Estado Social, inscrita en la Constitución. Se trata, por tanto, de un paradigma jurídico.

El estado social, como construcción histórica, emerge en el momento en que se constata que las contradicciones estructurales de la sociedad conducen a disfunciones autodestructivas. Es preciso que el estado utilice de forma teleológicamente predeterminada su poder de regulación y de conformación. El estado social, por tanto, aparece caracterizado por razón del fin: la producción y el mantenimiento de determinados resultados sociales. Parejo resume la originaria configuración en la doctrina alemana señalando que “el estado social representa el último estadio de una sociedad secularizada, que ha sustituido su cohesión en razón a un orden de valores religioso o ético-moral por un orden de principios objetivos constitucionales, único capaz de expresar la vinculación social a un proyecto de vida en común”.

Esta configuración del estado como “social” implica un deber jurídico de los poderes públicos de actuar positivamente sobre el orden social, conformándolo. Ese deber constitucional representa el abandono de las habilitaciones específicas de intervención social e implica echar sobre las espaldas de los poderes públicos la responsabilidad genérica y global de la configuración del orden social. La administración, superando los inconvenientes de la contraposición entre la vinculación positiva y la vinculación negativa pasa a estar guiada por la “vinculación estratégica”, es decir se la responsabiliza de la obtención de determinados objetivos sociales. Aunque esta responsabilización no se opera sobre la base de una prefiguración cerrada por la Constitución del modelo social.

Pero el hecho de que la cláusula del estado social no prefigure constitucionalmente el orden social sustantivo final no comporta un desfallecimiento de éste como principio jurídico, directamente aplicable. Y ello porque esta indeterminación corresponde necesariamente al carácter abierto y pluralista de la sociedad que se articula bajo la forma del estado democrático. Por ello señala Abendroth que “la determinación del principio social debe tener lugar mediante decisiones democráticamente legitimadas y a través de las formas y los valores del estado de derecho”

Esto no implica, como apunta Düring, que el principio del estado social haya de ser interpretado desde lo que él llama “relativismo democrático” sino que, a su juicio –referido a la Ley Fundamental de Bonn y aplicable sin matices a nuestra realidad constitucional– la Constitución ha prescindido de todo relativismo para fijar unos principios de valor pretendidamente permanente. Para Düring no existe contradicción entre la libertad de determinación democrática y la exigencia social que deriva de los valores y principios constitucionales. La Constitución con cláusula de estado social ha consagrado una libertad que desborda el concepto histórico liberal. La libertad del estado social es una libertad vinculada socialmente.

Lo importante, a los efectos que interesan aquí, es que el elemento “social” del estado no es puramente ético sino que tiene valor y eficacia jurídicos y que proyecta estos efectos jurídicos sobre la intervención estatal en la vida social, económica y cultural. Esta definitiva configuración jurídica del principio del estado social posibilita “desde luego, un rechazo por el Tribunal Constitucional de una medida legislativa o de cualquier otro poder público que no tenga en cuenta, es decir, omita el cumplimiento del deber de configuración social; en definitiva abre la vía a un control negativo de la actuación de los poderes públicos” (Parejo).

Hay que afirmar, por tanto, que la iniciativa económica pública no puede eludir las exigencias del estado social. Las iniciativas económicas de

la administración habrán de inscribirse necesariamente en el derecho-deber de conformación social con arreglo a los valores y principios constitucionalizados. Los tribunales no podrán decir qué ha de hacer la administración en este campo de la iniciativa –pues emprender o no una actividad económica será en todo caso una decisión no fiscalizable– pero podrán siempre comparar una concreta decisión de iniciar una actividad económica con las exigencias del estado social.

¿Quiere ello decir que se evita todo relativismos? ¿Quiere ello decir que la constitución nos dice con claridad lo que no puede ser objeto de la iniciativa económica pública? Por supuesto que no. Pero la cláusula del estado social significa una acotación trascendental frente a un riesgo al que los poderes públicos (y la administración más concretamente) no pueden sustraerse: el riesgo de acometer iniciativas económicas que no guarden relación alguna con el deber de conformación del estado social.

A. Nieto, en su ya citado estudio sobre los intereses generales, señala cuatro líneas dominantes en la evolución histórica de la materia: a) El dogmatismo, encarnado en la forma religiosa del bien común o de la voluntad general roussoniana (y en su versión secularizada de la moderna politología). b) El escepticismo, que considera los intereses generales como una realidad metajurídica imposible de comprender intelectualmente. c) El nihilismo, que pura y simplemente niega la existencia de los intereses generales y, en fin, d) El existencialismo, para el que no hay un interés general abstracto absoluto sino diversos intereses generales, condicionados por la coyuntura política y constitucional de cada momento.

Esa visión existencialista de los intereses generales, con ser la más asumible –y la más sintonizada con la trayectoria intelectual del siglo que acaba– no deja de tener sus riesgos.

Al fin de esta ya larga reflexión sobre lo que puede y no puede hacer la administración en sus aventuras empresariales, no cabe eludir la consideración de las influencias del momento histórico. No hay inconveniente en aceptar que los intereses generales –incluso dentro de la cláusula del estado social– son cambiantes y que deben ser interpretados en el contexto histórico de cada momento.

Si Ortega pudo decir al principio de este siglo que “el hombre no tiene naturaleza, tiene historia”, no habrá de resultar difícil aceptar que no hay valores absolutos sino valores históricos.

Este relativismo histórico ha sido una palanca intelectual formidable para enfrentarse a las visiones esencialistas y dogmáticas que han pretendido justificar la imposición por la fuerza de conceptos y sistemas que

se definían como incuestionables. En este contexto, es comprensible el recelo que suscita cualquier intento de definir valores naturales. También la administración es una realidad histórica, cambiante.

Pero al término de este recorrido, inspirado en el deseo de contribuir a reforzar la dignidad y la seriedad de lo público, no puede ocultarse que si se entiende que los intereses generales no son sino la suma de los intereses particulares, en definitiva, si se entiende que todo lo posible es bueno, entonces se corre el riesgo de que la actividad económica de la administración se apoye en una concepción meramente sociológica de los intereses generales, exenta de cualquier consideración crítica y de toda referencia ética.

Cuando este texto estaba cerrado, un ejemplo de la vida real vino a ilustrar la preocupación que intento exponer en este momento de concluir. La discoteca Zeleste de Barcelona, considerada el “templo del rock”, estaba a punto de cerrar por problemas puramente empresariales, según informaciones de prensa aparecidas en los primeros días de Agosto. La movilización de los usuarios consiguió llegar a la opinión pública y lanzar mensajes del siguiente calado: “Si se ayuda al Liceo o al Tibidabo ¿por qué no a Zeleste?”. Lo preocupante no es la pregunta sino la respuesta. El concejal de Cultura del Ayuntamiento de Barcelona manifestó literalmente que “el consistorio estudiaría crear una sociedad nueva que no pierda dinero para refundar Zeleste”. Mi preocupación no nace de un apriorismo ético. El negocio de discoteca no me merece mayor reproche que la distribución de pizzas a domicilio o la fabricación de patinetes. Pero el hecho de que se trate de actividades destinadas a satisfacer intereses realmente existentes en la sociedad no permite, a mi juicio, incorporarlas a la construcción de un concepto útil de interés general. El Tribunal Constitucional ha sentenciado literalmente que el hecho de que las actividades económicas sean jurídicamente relevantes y reciban la protección del ordenamiento jurídico “no las convierte automáticamente en intereses públicos o generales” (STC 179/1994).

No parece, por tanto, que todo lo que tiene demanda en el mercado, por el sólo hecho de responder a un interés nacido en la sociedad, sea un interés social susceptible de legitimar la actividad empresarial de la administración, porque no todo interés socialmente existente, ni siquiera todo interés socialmente relevante, puede elevarse “per se” a la categoría de interés público o general, que es requisito ineludible para legitimar la iniciativa económica pública.

Cuando me decidí a abordar la materia que me ha ocupado hasta aquí no me guiaba la necesidad de construir una administración mínima sino de desbrozar el camino hacia una administración óptima.

La función de lo público no es para mí –como he dicho al principio– residual o marginal. La administración es una organización instrumental y servicial para ejercer su función configuradora del orden social. La intervención activa en la economía ha de fundarse en criterios sustantivos que vienen prefigurados por los valores del estado social y democrático. La invocación de esos valores no pretende, por tanto, limitar la iniciativa económica pública resucitando criterios de neosubsidiariedad sino que, por el contrario, trata de garantizar que la administración no sea un instrumento sin norte social ni moral.

Para ello es necesario superar la concepción existencialista o relativista de los intereses públicos, como mera suma o agregado de los intereses reales.

Victoria Camps y Salvador Giner preconizan saltar a la categoría del interés común para eludir los riesgos de la politización de la moral. “Mientras nuestra civilización continúe asumiendo la soberanía del hombre, –dicen– tal como hizo la cultura racionalista de la que procede, habrá de reconocerse la presencia (en la sociedad) de un interés común autónomo, descubrible por medio del raciocinio y presentable a la opinión pública como independiente del interés sectorial, gremial o egoísta”.

Pensar siempre es un reto. Pero la dignidad de lo público nos exige ese esfuerzo de raciocinio para descubrir el interés común autónomo (es decir que no le viene impuesto desde fuera), único a mi juicio capaz de legitimar la iniciativa económica pública. Si, como hemos recordado, el estado social es un proyecto de vida en común, habrá que dejar claro que la cláusula del estado social no es un cajón de sastre. Que en ese proyecto no cabe todo sino que ese proyecto se inspira en objetivos de la comunidad, que configuran un interés común y no en un mosaico abigarrado y acrítico de valores particulares. De la misma forma que la administración no se justifica ni legitima por sí misma, la sociedad –es decir, la realidad social– tampoco se justifica y legitima por ella misma. Si aceptásemos esta moderna “sociodicea” carecería de sentido el mandato constitucional a los poderes públicos para llevar a cabo su tarea conformadora de un orden social inspirado en la libertad, la igualdad y la justicia y carecerían, por tanto, de sentido los esfuerzos de la administración por acercarse a la “plenitud” de ese orden social, exigida por el artículo 9 de la Constitución.

Lo que limita la iniciativa económica pública es, por tanto, la posibilidad de encajarla en un interés común. A los juristas nos corresponde contribuir a esta inacabable tarea, como aconseja Galgano, no “desde criterios de tipo ontológico, como el de la adhesión a la realidad empírica, sino con criterios de tipo deontológico”. Pretender que la administración ajuste su iniciativa

económica a ese interés común y que no se limite a adherirse cómodamente a los intereses existentes, supone impulsar, mediante un esfuerzo intelectual permanente, la incorporación a las normas de un interés común, inspirado en los valores constitucionales del estado social.

Creo que éste es nuestro compromiso y a él responden estas palabras.

BIBLIOGRAFIA

ALBORCH BATALLER, C.: “Reflexiones en torno a la iniciativa económica privada e iniciativa económica pública en la Constitución Española”, Univ. de Valencia, 1980.

ALCOVER GARAU, G.: “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local”, Estudios Homenaje Menéndez, Civitas 1996.

ALONSO UREBA, A.: “La empresa pública. Aspectos jurídico constitucionales y de derecho económico”, Ed. Montecorvo 1985.

- “La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales”, Univ. Complutense, 1988.

ARIÑO ORTIZ, G.: “La administración institucional. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado”, IEA 1972.

- “La empresa pública”, IEE 1981

- “Libertad, propiedad y empresa”, Ed; Aranzadi 1989

- “Economía y estado. Crisis y reforma del sector público”, M. Pons 1993.

AVILA DE LA TORRE, A.: “Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad anónima. Eficacia jurídica de las directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de Octubre de 1994”, RCDI núm. 633, 1966.

BAENA DEL ALCAZAR, M.: “Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía”, Tecnos 1966.

BASSOLS COMA, M.: “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, RAP núm. 84 (1977).

- “La planificación y la intervención pública en la economía”, Ed. Aranzadi 1989.

BORRAJO INIESTA, Ig.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA núm. 78.

BROSETA PONT, M.: “Las empresas públicas en forma de Sociedad Anónima”, RDM núm. 100 (1966).

CAMPS, V. y GINER, S.: “L’interés común”, 1990.

CLAVERO AREVALO, M.F.: “Personalidad jurídica, derecho general y derecho

singular en las administraciones autónomas”, DA núm. 58.

COSSIO, A.: “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica, ADC 1954.

DAVIES, P.: “Why is the universe knowable?”, en *Mathematics and Science*, Ed. R.E. Mickens, Oxford University Press, 1990.

DE JUAN ASENJO, O.: “La constitución económica española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada”, CEC 1984.

DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”, RAP núm. 100-102.

DE LA SERNA BILBAO, N.: “La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios”, Aranzadi 1995.

DE LA QUADRA SALCEDO, T.: “Corporaciones locales y actividad económica”, M. Pons 1999.

DELGADO BARRIO, J.: “El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”, Civitas 1991.

DEL SAZ, S.: “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP núm 133.

DESDENTADO DAROCA, E.: “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, Aranzadi 1999.

DORAL GARCÍA: “La personalidad jurídica: de la libertad formal a la libertad civil”, *Rev. De Derecho Privado*, Febrero 1977.

ESTEVE PARDO, J.: “La personalidad jurídica en el derecho público”, en *Administración Instrumental, Homenaje Clavero*, 1994.

FERNANDEZ FARRERES, G.: “En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad”, RAP núm. 80 (1976).

FERNANDEZ GONZALEZ, F.J.: “La intervención pública en la actividad económica. Los títulos que la legitiman”, Civitas 1995.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, REDA Núm. 89 (1996).

- “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Civitas (1991).

- “Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor”, REDA núm. 76.

- “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, REDA núm. 80 (1993).

FONT GALAN, J.: “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, RDM núm. 152 (1979).

GALGANO, F.: “La liberta di iniziativa economica privata nel sistema delle libertá costituzionali”, (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, CEDAM. Padova, 1977).

- “Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici” (*Trattato*.)

- “Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica”,

Rivista di Diritto Civile, 1965.

- “Delle persona giuridiche”, (Commentario del Codice Civile, 1969).

GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “La nueva regulación del mercado del gas natural”, RAP núm. 148 (1999).

GARCIA DE ENTERRIA, E.: “La actividad mercantil e industrial de los municipios”, RAP núm. 17 (1955).

“Democracia, jueces y control de la administración”, Civitas, 3a. Edición 1997.

GARCIA PELAYO, M.: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, CEC, Vol III, 1991.

GARCIA TREVIJANO FOS, J.A.: “Aspectos de la administración económica”, RAP núm. 12 (1953).

GARRIDO FALLA, F.: “La empresa pública en el derecho español”, Bolonia, 1973.

- “La empresa privada en la Constitución española”, Círculo de Empresarios, 1979.

- “El modelo económico de la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, REDA núm. 29 (1981).

- “Privatización y reprivatización”, RAP núm. 126.

- “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Civitas Homenaje Clavero, 1994.

HURTADO ORTS, F.: “La iniciativa pública local en la actividad económica”, FVMP núm. 12.

JIMENEZ BLANCO, A.: “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, REDA núm. 84 (1994).

LAFUENTE BENACHES, M.: “Las nociones de administración pública y de personalidad jurídica en el derecho administrativo”, Civitas Homenaje Clavero 1994.

LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, Civitas Homenaje Clavero, 1994.

LLISET BORRELL, F.: “La actividad empresarial de los entes locales”, Abella 1990.

- “Las sociedades privadas de los entes locales”, REALA núm. 235-236 (1987).

MARTIN REBOLLO, L.: “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, RAP núm. 100-102 (1983).

MARTIN RETORTILLO, S.: “La empresa pública como alternativa. Un análisis del sistema español”, Bolonia, 1973.

- “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, RAP núm. 126.

MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, Univ. Autónoma de Madrid 1982.

MONTOYA MARTIN, E.: “Las empresas públicas sometidas al derecho privado”, M. Pons 1996.

MORISSI, M.: “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en

una Constitución de la “crisis””, Civitas 1980.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Las competencias en materia económica del estado y de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos de la ordenación del sistema económico en la Constitución española”, IEF 1980.

- “La noción de empresa pública”, Homenaje Clavero (Civitas 1994).

NAVARRO PALACIOS, M.: “Las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Homenaje Clavero (Civitas 1994).

NIETO GARCIA, A.: “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, Estudios Homenaje García de Enterría, Vol. III.

PAREJO ALFONSO, L.: “Estado social y administración pública. Postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Civitas 1983.

- “Constitución y valores del ordenamiento”, 1990.

- “Crisis y renovación del derecho público”, CEC 1991.

- “Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias”, Tecnos 1993.

- “Eficacia y administración: tres estudios”, MAP 1995.

PAZ ARES, C.: “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, RDM (1985).

PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, RAP núm. 133.

- “Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España”, REDA núm. 84 (1994).

REMON PEÑALVER, J.: “Problemática de la organización y régimen jurídico de la empresa pública”, RDM núm. 231 (1999).

ROJO, A.: “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, RDM núm. 169-170 (1983).

ROMERO HERNANDEZ, F.: “Las empresas municipales de promoción de iniciativas empresariales”, Civitas Homenaje Clavero (1994).

SALA ARQUER, J.M.: “Huida al derecho privado y huida del derecho”, REDA núm. 75.

SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C.: “El objeto social en la sociedad anónima”, Civitas 1990.

SANCHEZ MORON, M.: “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Tecnos 1994.

SANCHEZ RUS, H.: “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, RCDI núm. 628, 1995.

SERRA REXACH, E.: “La empresa pública en la Constitución”, IEF 1980.

SOSA WAGNER, F.: “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989”, Rev. del Poder Judicial núm. 19.

- “La organización de los servicios económicos”, DA núm. 228 (1991).

- “Las fronteras del sector público”, Universidad de Murcia, 1999.

VAÑO VAÑO, M^a. J.: “La liberalización del sistema eléctrico español:

desregulación y neoregulación”.

VILLAR PALASI, J.L.: “La actividad industrial del estado en el derecho administrativo”, RAP núm. 3 (1950).

- “La intervención administrativa en la industria”, IEP 1964.

- “Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, Civitas Homenaje Clavero 1994.