

LA GESTIÓN INTERESADA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL (*)

Por JULIO NIEVES BORREGO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. *Aparición real de la forma de gestión interesada.*—II. CONCEPTO Y CARACTERES. A) *Concepto restringido.* B) *Concepto estricto.* C) *Solución que se propugna.*—III. NATURALEZA JURÍDICA. A) *Unidad o variedad del concepto.* B) *Cualidad jurídica del gestor.*—IV. DIFERENCIACIÓN CON INSTITUCIONES AFINES. 1) *Concesión.* 2) *Gestión directa.* 3) *Sociedad «in strictu».* 4) *Contrato de trabajo.* 5) *Asociación en participación.* 6) *Sociedad de economía mixta.* 7) *Arrendamiento. Especial referencia al arrendamiento de empresa.*—V. CONTENIDO. A) *Elementos objetivos de la gestión interesada.* 1) *El servicio público.* 2) *Participación financiera de la Administración.* 3) *Privilegios y exenciones.* 4) *Control.* a) *Estrictamente administrativo.* b) *Financiero.* a') *Preventivo.* b') *En curso de ejecución.* c') *«A posteriori».* c) *Sancciones.* 1) *Multas.* 2) *Suspensiones.* 3) *Caducidad.* 4) *Rescisión.* d) *Ejecución provisional por la Administración.* B) *Elementos subjetivos.* I. *«Inter partes».* a) *Organización de la sociedad.* b) *Regla definidora.* c) *Remuneración.* d) *Atribución del «exceso» de beneficios.* e) *Riesgos de empresa.* f) *Gestión de la sociedad.* II. *«Inter alios».* a) *Extensión territorial.* b) *Relaciones de la gestión interesada con los particulares.* a') *Los particulares consumidores de los productos.* b') *Los particulares suministradores de elementos a la empresa.* c) *Monopolio.*—VI. LA GESTIÓN INTERESADA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. A) *Los «iura regalia».* B) *La posición francesa.* C) *Resultado del examen de ambas posiciones.* D) *Posibilidad de aplicación del sistema de gestión interesada al Derecho administrativo español.* E) *Un camino interesante: el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.* F) *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Aparición real de la forma de gestión interesada.

No hay —dice WALINE— una definición de la concesión ni de la gestión interesada; y, a pesar de la importancia adquirida desde hace medio siglo por esta última figura, no ha sido objeto de estudio adecuado por parte de la doctrina.

(*) El autor hace constar su agradecimiento al catedrático señor García Enterría, bajo cuya dirección ha realizado el presente trabajo.

Al iniciar el tema, hay que hacer dos consideraciones: 1) Que su estudio es de toda necesidad y precisión porque se trata de uno de los modos de gestión de servicios públicos (WALINE) o, como señala PEZET DE CORVAL, una modalidad de ejecución de servicios públicos industriales (con carácter más restringido); 2) Que al no haber sido objeto de definición legal ni casi de estudio fundamentado, dicha definición y estudio han de hacerse con la suficiente amplitud para que no se perjudique su eficacia. Delimitar excesivamente equivale muchas veces a agotar el concepto.

En las consideraciones generales que se hacen sobre este modo de gestión de servicios públicos nos basaremos casi exclusivamente en la literatura jurídica francesa, ya que la figura nace en este país y sólo en él ha sido objeto de consideración autónoma.

Si bien WATRIN aduce precedentes históricos en el derecho alemán, el origen real de la institución se encuentra en 29 de julio de 1907, fecha de la Convención de la Villa de París con Mr. ROULAND para el suministro del servicio de gas en dicha ciudad. Y mientras para PEZET DE CORVAL la razón de arbitrar este sistema se debe a ser insuficiente el sistema de gestión directa, para otros, como GARCÍA-TREVIJANO, obedece a una necesidad de superar el sistema concesional (puro o de ejercicio). La distinción tiene su importancia; porque si la consideramos como una institución autónoma del derecho administrativo, sin vinculación directa con la concesión, su régimen será exclusivo y excluyente; mientras que si la consideramos con una forma perfeccionada —o sucesiva— de la concesión de ejercicio (para WATRIN es una variante de la concesión), podrá ser aplicable a título subsidiario a la gestión interesada el régimen general de la concesión. Y esto, en el campo de una figura imperfectamente delimitada, tiene gran interés para completar el esquema institucional necesariamente fragmentario y complejo. Posteriormente, analizaremos el problema.

En cualquier caso, su nacimiento obedece a una superación del sistema concesional y del carácter temporal del mismo. Se parte de la idea de que, en general, la concesión supone una serie de riesgos y de áleas inevitables; y parece buena solución atribuirlos a un particular que soportará dichos riesgos y áleas. Al tomar el particular concesionario el carácter empresarial, soportará las pérdidas; pero también obtendrá las ganancias que puedan derivar de la gestión. Como de hecho siempre eran ganancias, la Administración arbitró un procedimiento de poder parti-

cipar en las mismas. Y entonces la Administración obtuvo parte en los beneficios con arreglo a módulos muy variados que posteriormente se examinarán. Pero si la Administración se ha reservado una participación generalmente de gran entidad en los beneficios de dichas sociedades o particulares gestores, éstos han obtenido una importante compensación al conseguir que los riesgos financieros sean asumidos íntegramente por el Poder público.

En general, con WATRIN, hay dos grandes ventajas en la concesión :

1.º Que la Administración queda libre del problema aleatorio de montar una empresa industrial, pasando el problema al particular concesionario.

2.º Que al fin de la concesión la Administración *hereda* un servicio en funcionamiento, en perfecto estado (al menos, teóricamente).

Frente a estas ventajas, se pueden señalar los siguientes inconvenientes :

1.º El concesionario obtiene todas las ganancias. Se puede decir que el servicio saldrá más caro a los usuarios que si lo explota la Administración misma.

2.º En compensación, el concesionario soporta las pérdidas de la explotación, estando templada esta rigidez solamente por la teoría de la imprevisión cuando se produzca una perturbación económica que entrañe un desequilibrio provisional del régimen financiero, caso en que se tendrá derecho a una ayuda por parte de la Administración.

Frente a este sistema, la gestión interesada se propone obtener una asociación más estrecha entre la sociedad gestora y la Administración.

Por último, y para terminar esta breve introducción, haremos constar que el problema de la gestión interesada no es exclusivamente administrativo; en su caracterización se mezclan, con rasgos importantes, consideraciones económico-políticas, político-fiscales y puramente hacendísticas. Por ello, y sin perjuicio de dedicarnos extensamente al problema jurídico-administrativo, haremos las oportunas consideraciones, en su momento, sobre los otros rasgos apuntados.

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Tal vez la cuestión del concepto de la gestión interesada sea una de las más necesitadas de la precisión que la doctrina es susceptible de otorgar. Y lo es por dos razones fundamentales : de un lado, por la falta de deter-

minación del concepto en la legislación positiva; de otro, porque la doctrina, siempre vacilante en torno a la institución, no ha sabido cristalizar su esencia en una comunidad de criterios.

Ante todo, es interesante afirmar que la falta de precisión conceptual se debe a la poca adecuación administrativa de las definiciones de los tratadistas de formación jurídico-financiera; pues si bien es cierto que en el origen de la gestión interesada se puede colocar una motivación financiera, no lo es menos que dicha motivación ha dado lugar a un esquema conceptual específicamente administrativo. Tal vez esto explique la divergencia que se encuentra en ambos grupos de definiciones, analizando los hacendistas los aspectos exclusivamente financieros, acentuando casi siempre los administrativistas—salvo raras excepciones— las motivaciones administrativas. Por ello, tal vez será WATRIN (1) el que enlazará con mayor rigor ambos grupos de elementos.

Como ejemplo de la postura jurídico-financiera, citaremos, aunque sólo sea para rechazarlas, las posturas de DÍAZ FERREIRA (2) y PÉREZ DE AYALA (3).

El primero, citado por GARCÍA-TREVIJANO (4), define la gestión interesada como la institución en la que el Estado no sólo concede el exclusivo derecho de explotación, sino que da los elementos para la misma mediante una participación en los beneficios. Así, pues, es gestión porque los capitales son del Estado (nota inexacta, como luego veremos) y es interesada porque se reserva una participación en los beneficios de la empresa. Y dice GARCÍA-TREVIJANO que esta posición supone que «la Administración es la que se interesa: lo cierto es lo contrario, siendo aquélla el empresario. Hay que separar de esta figura los casos en que la Administración se *interesa* en las empresas privadas detrayendo parte de los beneficios sin más». Sin suscribir totalmente las ideas de GARCÍA-TREVIJANO, coincidimos en que estas formas de «cointeresamiento» quedan fuera de nuestro estudio.

De otro lado, PÉREZ DE AYALA, en su trabajo ya citado, después de una serie de consideraciones de tipo jurídico-financiero, acaba por concluir que

(1) WATRIN, Germain: *L'Administration de la III République*. Beyrouth, 1944.

(2) DÍAZ FERREIRA: *Tratado de Finanzas Públicas*. Lisboa, 1949.

(3) PÉREZ DE AYALA y LÓPEZ DE AYALA: *Problema jurídico de una diferenciación financiera, nota sobre la «régie intéressée»*, en «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública», núm. 26.

(4) GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Aspectos de la Administración económica*, en esta REVISTA, núm. 12.

en este tipo de institución se deben fundamentalmente distinguir dos grupos de relaciones: externas e internas. En el primero, «no parece existir motivo para sostener diversa doctrina de la que se viene manteniendo para el concesionario *clásico*»; y en el segundo, es decir, en las que surgen entre el gestor y la Administración, también remite como derecho subsidiario a las normas de la concesión. Pero después de estas consideraciones, admisible la segunda y rechazable la primera, como luego veremos, llega sorprendentemente a la conclusión de que el problema es estrictamente jurídico-financiero, más que propio del derecho administrativo en general. Y es sorprendente su observación porque ni justifica cumplidamente su postura ni, por otra parte, extrae las interesantes consecuencias del esquema conceptual que, en base a lo anteriormente expuesto, sostiene.

Después de este breve examen que demuestra someramente cómo se ha desorbitado el problema por los tratadistas de formación hacendística, debido sobre todo al deseo de reducir la gestión interesada a un puro esquema financiero, pasamos a examinar las definiciones que pudiéramos denominar de «tipo administrativo», en las que tampoco reina el acuerdo. Pero todas presentan una característica común: recoger el problema financiero muy levemente sin olvidar que el esquema de la figura es puramente administrativo. Al examinar las distintas posiciones, veremos que las divergencias doctrinales obedecen a simples cuestiones de detalle, cosa nada extraña si se tiene en cuenta la idea que más arriba enunciamos de que, por carecerse de una idea doctrinal clara y depurada, los tratadistas han montado su definición sobre los esquemas prácticos existentes; y siendo estos esquemas de la realidad positiva distintos en los diversos países y lugares y siguiendo las definiciones a los esquemas con más o menos fidelidad, lógicamente se llegará a definiciones de tipo distinto. Pero el problema ya no es de calidad, sino de cantidad: a medida que la definición siga más rígidamente —como la sombra al cuerpo— a la realidad, así será más o menos extensa y precisa la definición. Si bien tengamos que hacer la consideración inevitable de que muchas veces el deseo de exagerada precisión llevará a privar de valor al concepto, pues entonces se definirá exactamente una realidad positiva, pero no la *esencia general y abstracta que vive en el fondo de una serie de realidades positivas*; por lo que una definición de estas figuras debe darse con la suficiente amplitud como para no evitar el juego del concepto.

Así, pues, podemos dividir las definiciones de la gestión interesada en dos grupos de concepciones, restringidas y estrictas, a los que podríamos

añadir un tercero constituido por la solución que se propugna en el presente trabajo.

A) *Concepto restringido.*

Dentro de este grupo se pueden incluir las definiciones de PEZET DE CORVAL, GARCÍA-TREVIJANO y GEORGIN, WALINE y WATRIN.

Para el primero (5), la gestión interesada es una institución en la que, mediante un contrato entre la Administración y un individuo —o sociedad— con personalidad propia y no funcionario, aquélla entrega a éste la explotación de un servicio público industrial para que la realice en base a una remuneración sometida a módulos diversos, pero sin recibir ninguna suma de dinero de la Administración, sino el canon correspondiente de los usuarios; estando sometida la gestión a una serie de controles financieros, que se realizan en cada operación importante.

El profesor GARCÍA-TREVIJANO (6) caracteriza a la gestión interesada como empresa perteneciente a la Administración, que la crea *ex novo*, al frente de la cual pone un gestor (sociedad casi siempre, en su caso persona física) para que la explote; pero corriendo el riesgo de la misma a cargo de la Administración y estando la remuneración de dicha gestión sometida a diversos principios, pero dimanando siempre de la Administración y nunca de los usuarios.

Del examen directo de ambas definiciones se observa una diferencia importantísima: que mientras que para PEZET DE CORVAL la remuneración del gestor se obtiene directamente y en todo caso de los usuarios, para GARCÍA-TREVIJANO proviene siempre de la Administración y nunca de los usuarios. La diferencia es importante y de notorias consecuencias prácticas.

Este es el defecto que antes se apuntó: al ver una realidad concreta y sacar, en frase de Von THUR, el «esqueleto jurídico», el concepto se hace inadecuado por estrecho. Y es que, como luego veremos, la remuneración puede realizarse por la Administración o por los usuarios: en principio es irrelevante para la *definición* de la institución, ya que esta nota *no es de esencia del concepto, sino simple detalle del contenido de la institución.*

(5) PEZET DE CORVAL: *Le gaz de Paris*, París, 1934.

(6) Ob. cit. *supra*.

A nuestro entender, es perfectamente posible que existan gestiones interesadas con uno u otro principio de remuneración.

También GEORGIN señala que en la gestión interesada el gestor explota el servicio por cuenta de la colectividad. Este gestor es remunerado por una prima calculada en función de los resultados de la explotación, que debe ser suficiente para hacerle que se interese en la prosperidad de la empresa. Fuera de esta remuneración, no tiene derecho a nada: si la empresa deja un beneficio, la colectividad se lo apropia; y sólo en caso de necesidad, la Administración cubre el déficit.

La definición de GEORGIN es otro ejemplo de concepción muy restringida, ya que, según los casos, no siempre ocurre que sea la Administración la que se apropia del resto de beneficio en esta forma calculado, sino que el módulo de remuneración se puede establecer con mayor amplitud y no con el sentido restringido que él propugna (7). Por otra parte, tampoco el déficit debe ser asumido por la Administración *en caso de necesidad*, sino —y siempre que baje del límite mínimo de remuneración calculado— en todo caso.

WALINE, en su monografía sobre el tema publicada en la *Revue de Droit Public* de 1948, sostiene que el gestor no es el empresario; el empresario es la propia Administración. La remuneración del gestor se establece por primas de rendimiento de fórmulas variables según los contratos. Y añade que uno de los elementos de su retribución puede consistir —y consiste frecuentemente— en una partida variable y generalmente decreciente de los beneficios de explotación, que no suele alcanzar la totalidad ni en general la mayoría de éstos. Precisamente esta consideración de la Administración como empresario y la negación de tal carácter al gestor es lo que vamos a combatir en seguida (8).

WATRIN (9), dando mayor relevancia al elemento financiero, define la gestión interesada como el contrato celebrado por la Administración y el

(7) GEORGIN, Ch.: *Cours de Droit administratif*. Livre premier. París, 1954.

(8) En realidad, la confusión doctrinal —muy extendida— de que la Administración es el empresario, se debe a un concepto superado de la empresa. Nos referimos al concepto patrimonial o contractual, que centra la noción de la empresa en la idea de riesgo. Como ya se verá posteriormente, la empresa gira sobre un concepto de tipo estructural y organizativo, sin perjuicio de que la idea del riesgo asumido por la Administración sea básica para el concepto de la gestión interesada. Pero esta asunción de riesgo nunca servirá para configurar a la Administración como empresario. *Vide infra*.

(9) Ob. cit., *supra*. Es WATRIN uno de los escasos autores que estudia la figura con cierta atención y sin reducirse a una mera consideración de pasada.

gestor (particular o sociedad privada), en cuya virtud éste explota un servicio a cambio de una remuneración; y en ella, en lo que denomina WATREN el «modus vivendi financiero», se halla una de sus características esenciales: el contrato celebrado garantiza al gestor un mínimo de remuneración por su actividad personal y por los capitales que aporta. Y, de otra parte, se le señala también un máximo porque estando el gestor libre de los riesgos financieros propios de la actividad empresarial privada, tampoco puede ni debe obtener una ganancia sin límite. Entre ese mínimo y ese máximo oscilará la remuneración de tal manera que asegure una gestión lo más perfecta posible (10).

B) *Concepto estricto.*

Muy interesante, sin incurrir por otra parte en el casuismo tan criticado, encontramos la definición de BUTTGENBACH (11). Este profesor dice que la gestión interesada se caracteriza porque el Poder público creador confía por contrato —y esta nota la aproxima a la concesión— la explotación de un servicio público a un gestor, que es retribuido bien por una remuneración fija, bien por una participación en los beneficios, bien por una combinación de estas dos fórmulas. Pero —y en ello se encuentra una de las diferencias esenciales entre la concesión y la gestión interesada— el Poder público creador *soporta*, en todo caso e integralmente, los riesgos financieros de la empresa, que quedan a cargo de la colectividad pública (12).

C) *Solución que se propugna.*

Hay que señalar, fundamentalmente, el origen contractual de la institución. En esto no hay duda, y la doctrina y las legislaciones positivas parecen

(10) El deseo de perfilar exactamente el problema financiero de la retribución lleva a este autor a olvidar que una de las características esenciales de la gestión interesada es la asunción, en definitiva, de riesgos por la Administración. A pesar de todo, al examinar el contenido de la institución, reconoce la importancia de esa nota que nosotros consideramos esencial.

(11) BUTTGENBACH, André: *Téorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*. Bruselas, 1952.

(12) En rigor, la definición de BUTTGENBACH, a más de estricta, es incompleta. Y lo es porque, al no tratar con más extensión la figura que la breve consideración definitiva que hemos apuntado, se echan en falta ciertas determinaciones específicas: precisiones en torno a la remuneración, falta de examen de quién reúne la calidad de empresario, etc.

acordes en admitirlo. Pero, una vez admitido dicho origen, ¿cuál es la realidad que subyace al contrato?

En primer lugar, es nota común a las definiciones antes aludidas que en la gestión interesada el gestor no tiene el carácter de empresario, correspondiendo, en cambio, tal categoría a la Administración. La afirmación, a pesar de la coincidencia de opiniones, es difícilmente sostenible. Ya el profesor GARCÍA-TREVIJANO, en su artículo tantas veces citado, señala que la empresa pertenece a la Administración que la crea *ex novo*; pero no tiene más remedio que reconocer a continuación que el gestor (normalmente una sociedad) explota también una empresa, en el sentido de que debe organizar medios personales necesarios para su funcionamiento. Y añade que, sin embargo, «el hecho de gravar los riesgos sobre la Administración demuestra que es ella quien adquiere la condición de empresario». Y más adelante insiste en su idea de que «el gestor, aun teniendo a veces una compleja organización, no es empresario, no puede quebrar; imputa sus actos a la Administración». Pues bien, la conclusión que saca de sus premisas el profesor GARCÍA-TREVIJANO parece exagerada; el hecho de que los riesgos de explotación recaigan no sobre el gestor, sino sobre la Administración, no supone la desaparición de la cualidad de empresario en el primero. Para ello, veamos, siquiera sea someramente, qué se entiende por empresa (13).

Aunque no hay coincidencia en la delimitación de un concepto —cuya construcción se postula urgentemente—, sin embargo sí se ha logrado cristalizar como esencia de la empresa una serie de datos concretos. Prescindiendo de definiciones más casuísticas, consideraremos las de HEINSHEIMER y de WIELAND. Para el primero —que coloca como centro de su concepto la idea de organización—, empresa es una organización mercantil que constituye un conjunto de cosas, derechos y relaciones de hecho mediante los cuales persigue un propósito de lucro, dedicándose al cambio, a la producción o a cualquiera otra clase de actividades comerciales. Y para WIELAND la empresa es una unión de capital y energía, con el objeto de conseguir una ganancia. De ambos conceptos resulta, brevemente enunciado, que la empresa no es más que una adecuada organización de bienes y servicios con el fin de obtener una ganancia. Y estas notas se encuentran perfectamente en el gestor interesado; ya que la circunstancia de que la Administración asuma un riesgo no es requisito esencial del concepto de empresa, pues lo

(13) *Vide nota (8).*

único que se trata de dejar claro en el contenido de ésta es que la actividad de la empresa quede garantizada, en su aspecto pasivo, frente a los acreedores, pero siendo indiferente quien asuma la citada garantía. PÉREZ DE AYALA abordó el tema, sin llegar a las últimas consecuencias. Según él, la distinción de gestión interesada y concesión se ha montado en base a la afectación de los riesgos, para derivar de ello que sólo la Administración tiene carácter empresarial. Y señala que, en el campo jurídico al menos, es discutible ligar el riesgo de explotación a la cualidad de empresario, señalando lo superadas que están las tesis patrimoniales y contractualistas, para concluir que lo fundamental en la empresa es el elemento espiritual y dinámico de dirección y organización (BARASSI, HEINSHEIMER, MOSSA). La titularidad de estos elementos corresponde a los empresarios y, por tanto, hay co-empresarios. Y termina por apuntar que si se le concede dicha característica al concesionario clásico, no ve por qué no ha de otorgársele al gestor.

No llegó PÉREZ DE AYALA a las últimas consecuencias, pues mientras el gestor es empresario, en el sentido técnico del vocablo, no lo es la Administración; y no lo es porque no arbitra —en el supuesto de la gestión interesada— la organización adecuada (conjunto de derechos, relaciones de hecho y servicios) para la obtención de un fin de lucro, y se limita a un simple cambio de su participación en las ganancias —muy probable— frente a la posible asunción de riesgo —muy improbable—. Un simple *do ut des* es insuficiente para configurar a la Administración como empresa; por falta de la adecuada fuerza definitiva (14).

Otro elemento de gran importancia para la definición del concepto es que es la Administración en todo caso quien asume el riesgo, siempre que la ganancia obtenida no cubra el tope mínimo fijado en el contrato de creación. En esta asunción se encuentra uno de los criterios diferenciales de más importantes consecuencias, como luego veremos.

Así, pues, hechas estas precisiones previas, podemos definir la gestión interesada como institución nacida de un contrato, en virtud de la cual el gestor (persona física o jurídica) con personalidad propia y organizado en

(14) Este simple *do ut des* es insuficiente para configurar a la Administración como empresa. Ciertamente se ponen —en determinadas ocasiones— en poder del gestor una serie de elementos materiales; pero admitir el carácter de empresario respecto de la Administración supondría aceptar que la empresa es una simple reunión de dichos elementos materiales sin la necesaria organización.

empresa, desarrolla un servicio público (15) mediante una retribución —que se fija entre un tope máximo y uno mínimo— determinada en dicho contrato y corriendo los riesgos por debajo de dicho tope mínimo por cuenta de la Administración con carácter exclusivo (16).

De esta definición se deducen los siguientes requisitos: a) Esenciales; b) Accidentales.

A) Requisitos esenciales:

- 1) Personales: personalidad del gestor, organización de este gestor en empresa.
- 2) Reales: realización de un servicio público —objeto—, remuneración, asunción de riesgos.
- 3) Formales: creación contractual.

B) Requisitos accidentales:

- 1) *Forma de remuneración.*

III. NATURALEZA JURÍDICA

La cuestión de la naturaleza jurídica de la institución que examinamos engloba dos problemas estrechamente relacionados. El primero se refiere a si la gestión interesada permanece siempre idéntica en sus distintas modalidades, o bien, como indica WALINE (17), reconduce en algún supuesto a la idea concesional: es el problema de la unidad o variedad del concepto. El segundo trata de examinar la cualidad jurídica del gestor.

(15) Al referirnos a que con la gestión interesada se desarrolla un servicio público, no entramos en las consideraciones doctrinales de qué sea servicio público; utilizamos el término en un sentido amplio. Posteriormente, al examinar el contenido de la institución, insistiremos sobre ello. Es evidente que nos movemos, en todo caso, en el campo del servicio público remuneratorio.

(16) La retribución que se fija al gestor la puede recibir de la Administración o directamente de los usuarios, ya que hemos señalado que la nota es conceptualmente indiferente. Ahora bien, mientras se trata de una remuneración del gestor en base a un tanto por ciento variable, la institución queda perfectamente encuadrada, pues supone la asunción de riesgos por la Administración; pero si la remuneración es un tanto fijo, es necesario que se indique *expresamente* que la Administración asume dicho riesgo, ya que en base al citado tanto fijo no se puede presumir aquélla.

(17) WALINE, Marcel: Ob. cit. Además, *Traité élémentaire de Droit administratif*. París, 1952.

A) *Unidad o variedad del concepto.*

Se suele admitir generalmente que la gestión interesada tiene su origen en la idea de concesión. Pero la diferencia entre ambas instituciones proviene de la distinta posición adoptada respecto a los riesgos. El profesor WALINE (18) señala que las previsiones normales de los concesionarios pueden ser anuladas: 1) Por incapacidad del concesionario para la gestión o por error de cálculo en el volumen de las prestaciones del servicio público; 2) Por cambios en la coyuntura económica o por intervención de la Administración concedente. Las circunstancias comprendidas en el apartado 2) son resueltas mediante los correctivos del «hecho del príncipe» y las indemnizaciones de imprevisión; pero las del enunciado 1) son de cuenta del concesionario en todo caso.

Pues bien, si éste es el sistema de la concesión, en el de la gestión interesada la colectividad es afectada directamente tanto por los ingresos como por los costes de explotación. Hasta aquí, la formulación de WALINE es evidente; ahora, lo que no parece ya tan claro es su intento de determinar la línea divisoria en base a un criterio puramente material y cuantitativo. Lo decimos porque para el autor francés si la remuneración del gestor está constituida por una o varias primas de gestión, pero con independencia de la cuenta de pérdidas y ganancias, entonces es claro que nos encontramos ante una gestión interesada. Pero si la remuneración está *integrada por la atribución de una partida de la cuenta de pérdidas y ganancias*, en este caso nos encontramos ante una verdadera concesión si el gestor recibe la mayoría de los beneficios netos (19). Criterio muy seguido; *vide infra*.

Como ya hemos indicado con anterioridad, la *forma* de remuneración es completamente adiafórica para el concepto de la institución, la cual no puede, por otra parte, ser sometida a criterios de definición puramente materiales y cuantitativos. Así, pues, tanto en uno como en otro caso, nos encontramos ante claros supuestos de gestión interesada, cuyas modalidades no afectan a la esencia del concepto. Es decir, unidad de concepto con variedad de formas posibles (20).

(18) Obs. cits. *supra*.

(19) Ver, en el mismo sentido, PÉREZ DE AYALA, ob. cit.

(20) Admitir la tesis de WALINE supondría tanto como escindir en dos instituciones distintas lo que no son más que dos modalidades de la misma institución.

Y en este sentido se puede configurar como una forma de gestión que funciona en régimen de desconcentración de servicios.

B) *Cualidad jurídica del gestor.*

Problema distinto y de no menor importancia es el de la cualidad jurídica del gestor. Y tiene esta trascendencia porque el contenido de la institución depende fundamentalmente de la configuración que se dé al gestor. Muy interesante será que, antes de apuntar la solución, pasemos una revista —quiera sea somera— a las distintas posiciones doctrinales.

El profesor GARCÍA-TREVILIANO, partiendo de un supuesto que nosotros creemos equivocado —cual es el de configurar la gestión interesada en base a la forma de remuneración—, distingue: a) Si el gestor percibe la remuneración, participando en las pérdidas (pérdidas en el sentido de «perder» y no de no «ganar»), encontraremos una sociedad en la que el gestor ha aportado el trabajo; b) Pero si no soporta dichas pérdidas, las posibles figuras serían las siguientes: 1) Si existe total subordinación, habrá un *contrato de trabajo*; 2) Si aquella no existe en los términos laborales, existirá una *asociación en participación* (admitiendo que en ésta se pueda aportar por el gestor el trabajo, no respondiendo más que de lo aportado; es decir, pérdida en el sentido de no ganancia) (21).

Aparte de la indudable matización que supone la postura del citado profesor, su tesis no parece aceptable porque sitúa, según ya hemos indicado, como criterio central de la distinción el principio de remuneración, que, a nuestro entender, no es más que una determinación accesoria del concepto de gestión interesada.

Desde otro ángulo, la doctrina italiana ha arbitrado una nueva teoría: la de que se trata de una *persona jurídica titular de un órgano* (GIANNINI. RANELLETTI), tesis inadmisibles porque, como ya señala el autor español antes citado, las personas jurídicas no pueden entrar en relación de empleo público orgánico con la Administración; su *única manera de relacionarse* será a través de la concesión o del contrato.

Otra posición, que tiene indudable enlace con la doctrina de los monopo-

(21) Es de hacer notar, cómo el criterio de la forma de remuneración no puede ser definitorio porque conduce al extraño supuesto de que una misma institución tenga distinta naturaleza jurídica según el ángulo de enfoque.

lios fiscales, es la que conecta la gestión interesada con el arrendamiento, considerando que el gestor interesado es un puro arrendatario. La doctrina, grata por lo demás al sistema tradicional del monopolio, es difícilmente admisible en el campo del derecho público; pero el posterior apartado que se dedica a distinguir la gestión interesada del arrendamiento nos releva de examinar sus diferencias en este momento.

Finalmente, la doctrina —principalmente la antigua— configura a la gestión interesada como un propio contrato de mandato, en el que el gestor sería un mandatario interesado. Esta es la tesis de PEZET DE CORVAL, que caracteriza su posición en base a los siguientes supuestos: 1.º El gestor interesado no es un funcionario, como en la gestión directa, sino un intermediario libre y responsable; 2.º Que la cualidad de ser interesado le viene de su situación contractual y de su responsabilidad. Y añade que son elementos característicos del mandato así configurado: a) La ejecución de un servicio público; b) La responsabilidad del mandatario; c) Que se trata de un mandato retribuido; d) La rescisión del contrato dará lugar a que se produzca la indemnización prevista.

Es difícil que la concepción que equipara al gestor con un simple mandatario pueda hoy ser mantenida. En rigor, la esencia del mandato se encuentra en la gestión de un negocio por cuenta ajena, lo que implica una subordinación (22) del mandatario al mandante, que difícilmente se da en la gestión interesada. Así las obligaciones que derivan del contrato del mandato (ajustarse a las instrucciones del mandante, contraposición de mandante-mandatario, etc.) no son aplicables al supuesto que nos ocupa; incurriéndose además en el error de confundir mandato y representación.

Toda esta confusión aparece por olvidar un importante carácter diferencial: se trata de la condición de empresario que anteriormente hemos atribuido al gestor. Y por esto, y ante todo, hay que señalar que el gestor interesado es un empresario. Junto a esta nota, es necesario examinar cual sea la figura creada entre la Administración y el gestor. En esencia, ésta se establece en base a un acuerdo de voluntades recíproco: la Administración entrega una serie de elementos materiales y recibe una remuneración por ello, asumiendo los riesgos de la explotación en caso de que excedan de los beneficios obtenidos, o bien de dichos beneficios y de la cantidad que se

(22) Realmente, el gestor no está subordinado con el carácter taxativo que se señala al mandatario. Por otra parte, la presencia de la serie de controles que caracterizan a la gestión interesada son totalmente extraños a la idea de mandato.

asegure al gestor; y éste, por su parte, entrega su aportación con el fin de obtener un beneficio y asume los riesgos hasta el límite que acabamos de señalar. Es evidente que este acuerdo de voluntades excede de la pura idea contractual; nos encontramos ante una verdadera convención jurídica, que no excluye la idea de contrato, antes bien la supone. Y se trata de una convención y no de un verdadero contrato, porque la complejidad de relaciones que integran la institución que se estudia no se basa en la contraposición de intereses, como dice la generalidad de la doctrina en torno del contrato, ni de que estos intereses sean distintos, como sostiene la doctrina más moderna, sino en la idea de intereses coincidentes y dirigidos al mismo fin. Esto no excluye que el nacimiento de la convención se opere en base a un contrato, como así sucede.

Así, pues, dos consideraciones son necesarias para delimitar la gestión interesada: 1) Que tanto en unas como en otras de sus modalidades la relación entre la Administración y el gestor es una convención más que un propio y verdadero contrato; 2) Que el gestor es el único y verdadero empresario. Esta idea básica será perfilada al señalar las analogías y diferencias con las restantes figuras jurídicas que luego se examinarán.

Configurada la gestión interesada como una convención, es necesario matizar el tipo de convención a que responde. Y hay que concluir que la verdadera naturaleza jurídica se encuentra en una *convención de tipo societario*. En efecto: Hay un contrato de creación; hay un fin objetivo: la satisfacción de un servicio público; y un fin subjetivo: la consecución de un beneficio para los interesados, gestor y Administración. La asimilación a otras figuras extrañas viene de la arbitraria manía de equiparar todas las instituciones nuevas a las figuras ya conocidas. Indudablemente, no se puede incluir en ninguna sin violentar el tipo legal (23).

IV. DIFERENCIACIÓN CON INSTITUCIONES AFINES

1) *Concesión.*

Dos cuestiones sustanciales se presentan al tratar de la diferencia entre la concesión y la gestión interesada: en primer lugar, el problema de su

(23) Las diferencias que separan a la gestión interesada, configurada como convención societaria, nos señalarán posteriormente cómo es imposible reconducir esta institución a las figuras conocidas. Las indudables analogías con algunas de ellas no justifican, debido a sus también evidentes diferencias, la asimilación legal o doctrinal.

diferenciación; en segundo, el de su analogía, porque si coinciden estructuralmente ambas instituciones, le serán de aplicación a la gestión interesada las normas de la concesión en la forma que luego veremos.

Para algunos autores, como WATRIN, la gestión interesada no es más que una variante de la concesión; y funda su aserto en el examen de las ventajas e inconvenientes que ya anteriormente hemos mencionado (ver II de este trabajo). Otros autores, como GARCÍA-TREVIJANO, menos radicales, la consideran como una *corrección* del sistema concesional; pero, indudablemente, no es ni una ni otra cosa. La gestión interesada es una *superación* del sistema concesional, arbitrado por la Administración con el fin de obtener una participación en los beneficios que se producían en la explotación de un servicio público (24).

En realidad, y partiendo de la definición de gestión interesada en los términos en que anteriormente lo hemos hecho, se observa una diferencia concreta entre dicha figura y la concesión: mientras en la segunda el concesionario-empresario percibe una remuneración por el servicio que presta, dentro de la ley de la concesión, pero sin sujeción a límites, en la primera el gestor-empresario sólo percibe su remuneración dentro del máximo y el mínimo fijado, corriendo la Administración —a cambio de la participación en los beneficios que se la concede— con los riesgos que puedan ocurrir de no obtenerse el tope mínimo establecido. Es decir, que si podemos considerar a la concesión como una institución pura, la gestión interesada será una *concesión condicionada* (25).

(24) Esta superación, realizada evidentemente dentro del mismo esquema conceptual, favorecerá la aplicación analógica. *Vide infra*.

(25) Utilizamos el término «concesión condicionada» con significado aproximativo y no con criterio rigorista. Pero el encuadramiento de la gestión interesada en la forma en que lo venimos haciendo puede plantear algunas dudas sobre si su concepto no se confundirá con el de la denominada «concesión con garantía de interés», de la que hay abundantes ejemplos en la legislación española (Ley de 24 de octubre de 1939, de protección a industrias de interés nacional, que admite dicho sistema; Ley de 23 de febrero de 1912, sobre ferrocarriles secundarios y estratégicos, que establece para los secundarios la posibilidad de garantía de interés, etc.). Antes de nada, es necesario señalar la dificultad de encuadramiento de estas que se pueden llamar *figuras límites*. En efecto, la concesión con garantía de interés parece ser la línea divisoria entre la concesión y la gestión interesada, por lo que el criterio diferenciador será necesariamente sutil. Y este criterio es fácil de arbitrar si la denominada concesión con garantía de interés es una verdadera concesión. En este caso, sólo podrá ser o una concesión pura o de ejercicio; en el primer supuesto, el *concesionario viene necesariamente obligado a crear la empresa y explotarla*; en el segundo, es *igualmente imprescindible que la empresa la cree la Administración*, transfiriendo su ejercicio al concesionario. Es decir, que en ambos

En cuanto al segundo problema antes apuntado, es decir, a si coinciden o no estructuralmente ambas figuras, hemos de señalar que, aun dadas las diferencias que las separan, existe una asimilación fundamental entre una y otra institución —modo de gestión de servicios públicos; existencia de una persona privada que realiza la gestión; personalidad jurídica del gestor; organización empresarial—, por lo que, en defecto de las normas propias de la gestión interesada, se podrán aplicar las de la concesión en general; pero no con carácter total, sino sólo en cuanto lo permita *la razón de semejanza de ambas figuras jurídicas* (26).

2) Gestión directa.

La gestión directa ha sido uno de los puntales básicos en las soluciones municipalizantes y de tendencia socialista.

La característica más exacta de diferenciación entre la gestión interesada y la directa es que en ésta la explotación se verifica por medio de un funcionario y no por medio de un particular —persona física o jurídica—; con lo que mientras en la gestión interesada el gestor tiene una personalidad propia e independiente, en la directa el gestor está en relación de empleo público orgánico con la Administración. La consecuencia es inmediata: mientras en la gestión directa el beneficio y los riesgos son siempre de una manera total de cargo de la Administración, en la gestión interesada los riesgos y beneficios se atribuyen en la forma tantas veces indicada.

casos existe una obligatoriedad respecto a la constitución de la empresa en la forma indicada que no existe en la gestión interesada; porque aquí es *indiferente* que la empresa la cree la Administración o el gestor, no existiendo, por tanto, dicha obligatoriedad, como más arriba se indicó en este mismo trabajo. Y, en rigor, la concesión con garantía de interés es verdadera concesión porque la Administración se conduce en sus relaciones con el concesionario con su característica nota de *imperium* y moviéndose totalmente en el campo del derecho público; mientras que la gestión interesada se encuentra más cerca de la relación contractual y de la convención societaria por su nacimiento y por su naturaleza, respectivamente. La diferencia es sutil, como se indicó; pero no es extraña la dificultad de diferenciación que, por otra parte, existe también con las figuras límites en un campo mucho más precisado, como es el del derecho civil. Véase, *ad exemplum*, el contrato de cesión de frutos por precio, que ofrece grandes dificultades de encuadre en la compraventa o en el arrendamiento, contratos que, a *prima facie*, parecen tan diversos.

(26) Tal vez pueda parecer que la indudable analogía de ambas instituciones no justifica su separación conceptual; pero, la asunción por la Administración del riesgo de explotación, en definitiva, impide la total equiparación.

Son también puntos que completan el cuadro diferenciador, según PEZET DE CORVAL (27), los siguientes :

a) En la gestión interesada, el particular interesado es responsable en su capital, si no totalmente, sí de una manera parcial por su mayor o menor beneficio; y, *grosso modo*, libre en la gestión de su empresa; caracteres que no se dan en la gestión directa.

b) El gestor interesado no es un simple asalariado; obtiene su remuneración de una manera complementaria y variable y, dentro de ciertos límites, proporcional. Esta nota no existe en la gestión directa por la característica de empleo público orgánico que antes indicamos.

c) La participación en los beneficios —o la garantía de los riesgos por debajo del mínimo fijado— obliga a la Administración a un control financiero rígido, que luego se precisará al hablar del contenido. Este control de carácter externo es totalmente diverso del que puede existir en la gestión directa, que es control puramente interno.

Así, pues, personalidad, responsabilidad, remuneración y participación en beneficios son las notas características de diferenciación de la gestión directa y la interesada.

3) *Sociedad «in stricto».*

Basándose en la idea de que el gestor interesado no participa en las pérdidas (pérdida en el sentido de «perder» y no de «no ganar»), indica GARCÍA-TREVIJANO que nos encontramos con una sociedad en la que el gestor ha aportado el trabajo.

Sin embargo, esta teoría no es plenamente admisible; es cierto que la atribución —o distribución— de las pérdidas es esencial para la caracterización de la gestión interesada; pero el gestor no aporta sólo el trabajo, sino también una organización empresarial.

Rechazada así esta asimilación, la distinción entre la gestión interesada y la sociedad *in stricto* tiene que venir por otro camino (28). Ya hemos indicado anteriormente que la verdadera naturaleza jurídica de la institución

(27) Ob. cit. *supra*.

(28) Las semejanzas son, ciertamente, muy grandes, y si hemos querido distinguir la gestión interesada —convención societaria— de la verdadera sociedad es porque las modalidades de control y atribución de riesgos en aquella institución implica una superación del esquema conceptual propio de la sociedad estrictamente considerada.

es la de una convención societaria, concepto más amplio que el del puro contrato de sociedad; pues la consideración del gestor como empresario y la conservación por éste de su personalidad jurídica casi desvanece —en el desenvolvimiento de la figura a lo largo del tiempo— la idea contractual.

4) *Contrato de trabajo.*

Gran interés tiene diferenciar la gestión interesada del puro contrato de trabajo. GARCÍA-TREVIJANO ha señalado que si el gestor no soporta las pérdidas de la explotación será un contrato de trabajo siempre que exista total subordinación (29). Realmente la falta de este requisito —la subordinación total— y la salvedad que él mismo formula respecto del gestor-persona jurídica impiden dicha asimilación.

Pero planteada la posibilidad, es necesario establecer claramente la diferenciación. Esta se puede lograr en base a los siguientes criterios:

a) En el contrato de trabajo la nota de subordinación o dependencia es esencial; y esta subordinación no existe en la gestión interesada, en la que el gestor realiza una actividad empresarial sometida únicamente a las reglas del contrato de creación y a las normas de la institución.

b) Que si se trata de un contrato de trabajo, el gestor será lógicamente el trabajador. No es posible, sin embargo, incluir al gestor dentro del concepto de trabajador, ya que a este respecto el artículo 6.º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 es concluyente, y en ninguna de las posibilidades que señala cabe incluir al gestor interesado. Luego insistiremos sobre este punto.

c) Desde una consideración de técnica laboral, el contrato de trabajo se caracteriza porque la relación laboral que por él se crea puede existir sin acuerdo previo (ver artículo 3.º de la Ley de Contrato de Trabajo), circunstancia de todo punto imposible en la gestión interesada, dado el concepto de la institución. Su nacimiento puede obedecer a un contrato previo entre la Administración y el gestor, precedido en su caso de un acto legal de aquélla, al que se adhiere —suscribiendo sus condiciones— el gestor. En ningún caso podrá, pues, nacer la relación jurídica dimanante de la ges-

(29) Basándose nuevamente en el criterio remuneratorio, GARCÍA-TREVIJANO incurre en el punto de vista señalado en la nota (21). *Vide supra.*

tión interesada sin el previo acuerdo contractual al que nos hemos referido y que se admite claramente para el contrato de trabajo (30).

d) En el contrato de trabajo se da una comunidad de empresa y una jerarquización entre los elementos de la relación laboral; ninguno de estos elementos se da en cambio en la gestión interesada. En efecto: no hay comunidad de empresa (31), porque la Administración no actúa directamente en el campo de la realidad empresarial; su función se reduce a la percepción de su parte de beneficio, a la asunción del posible riesgo y a un control sobre la actividad; pero nunca a la conexión directa que supone la comunidad empresa. No hay tampoco jerarquización entre ambos elementos de la relación —Administración y gestor— porque, según lo anteriormente expuesto, su órbita de actuación es diferente. Esto no supone que la empresa que monte el gestor para la realización del servicio público no tenga esa jerarquización; pero ésta no será ya consecuencia del contrato constitutivo de la gestión interesada, sino del funcionamiento de dicha institución ya en manos del gestor.

e) Consecuentemente con el criterio anterior, la construcción moderna del contrato de trabajo en todas las legislaciones se tipifica por el tránsito del terreno material y económico al personal humano; y este tránsito no es de aplicación a la gestión interesada, en la que la motivación básica y origen de su nacimiento es económico y objetivo —modo de gestión de servicio público; creación de la convención societaria—, en la que nada intervienen motivaciones de tipo subjetivo como las que anteriormente hemos referido al contrato de trabajo.

f) Mientras la relación laboral se basa en la recíproca lealtad y en la protección del trabajador —si bien sin desconocer su sentido *secundariamente* patrimonial—, en la gestión interesada *lo fundamental es obtener un resultado económico*, para lo cual se arbitra un sistema basado en la lealtad (sancionado por la posibilidad del control financiero) y en la protección del gestor (al asumir la Administración los riesgos por debajo del mínimo establecido).

g) Todos estos principios que hemos señalado distinguen plenamente ambas instituciones de *lege ferenda*; porque de *lege lata* la diferenciación de ambas figuras por el derecho aplicable —normas laborales en el con-

(30) La posibilidad de nacimiento de una gestión interesada, sin contrato previo —sin acuerdo previo—, es conceptualmente impensable.

(31) La comunidad de interés no supone necesariamente comunidad de empresa.

trato de trabajo; acto contractual de creación en la gestión interesada—excluye toda posibilidad de confusión.

Sin embargo, más interés puede tener el examinar, más que el contrato de trabajo en sí, una de sus formas concretas, con la que puede tener más relación la institución que estudiamos: el contrato de grupo. Y este respecto son de interés varias de las consideraciones que hace el profesor ALONSO OLEA (32).

Un primer problema de interés para la posible asimilación de la gestión interesada al contrato de grupo es si el trabajador puede ser persona jurídica o no (y es de interés porque con gran generalidad el gestor interesado es una persona jurídica). Es decir, si el contrato puede ser suscrito no ya por un grupo, sino por una persona jurídica en que el grupo está interesado y organizado. Y a esto se ha de unir la cuestión de la distinción entre el contrato de obra y el contrato en que el trabajador presta un servicio. El primer supuesto debe ser racionalmente eliminado a nuestros efectos, porque nunca se podrá decir que el gestor se limita a realizar o ejecutar una obra. Y nos queda por examinar el otro supuesto, sólo admisible a efectos dialécticos: contrato de realización de un servicio. En esta figura, sin embargo, a tenor del Fuero de Trabajo, I, 1, 2, 3, 4, se cualifica el contrato de trabajo como personal e individual. Basándose en estos principios, BARASSI y DURAND niegan que pueda ser suscrito por una persona jurídica como trabajador. Y ALONSO OLEA dice que si una persona jurídica no puede trabajar, ni puede, por consiguiente, obligarse a prestar un trabajo, es evidente que en cuanto al contrato individual de trabajo, dando como su objeto la obligación de prestar un servicio, esto es, la obligación de prestar un trabajo a cambio de una remuneración, una persona jurídica no puede celebrar este tipo de contrato. No, al menos en nombre propio; aunque se podría admitir sobre la base de la representación. Pero esta idea es totalmente extraña a la gestión interesada, ya que el gestor obra en nombre propio y no en representación de otro. Así, pues, la referencia que hace el artículo 4.º de la Ley de Contrato de Trabajo, no obstante su poca claridad, es evidente que no se refiere al trabajador persona jurídica. En el mismo sentido, PÉREZ BOTIJA.

Por último, tienen también gran importancia las relaciones entre el contrato de grupo y el de empresa; pero éste es un punto que será examinado

(32) ALONSO OLEA, Manuel: *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Instituto de Estudios Políticos, 1955.

al estudiar las diferencias entre la gestión interesada y el contrato de arrendamiento, con sus varias modalidades.

5) *Asociación en participación.*

Grandes analogías tiene la gestión interesada con la asociación en participación. En efecto, la esencia de este contrato consiste en una contribución que hace una persona al negocio de otra con participación en los resultados, en la forma y proporción convenidas. Es definición comúnmente admitida la de que la asociación en participación es un contrato consensual, bilateral, en virtud del cual una o más personas con su capital o trabajo se interesan en las operaciones mercantiles que otra realiza con su nombre y responsabilidad. Se caracteriza, pues, por la entrega que se hace por una persona a otra de un capital o de determinados bienes y que dicha entrega no produce ni supone la creación de una nueva personalidad jurídica, porque el gestor de la asociación sigue conservando la personalidad que tenía. Ambos requisitos se encuentran realmente en la gestión interesada, en la que la Administración entrega su aportación, se establece un sistema de reparto de beneficios y riesgos con arreglo a módulos variables y no hay creación de nueva personalidad jurídica, pues sigue subsistente la del gestor. (Claro es que al hablar de la asociación en participación nos referimos a la institución en sí, con independencia de las posibles determinaciones que puedan derivar de su construcción estrictamente mercantil.)

Un primer punto interesante para la diferenciación de ambas instituciones se encuentra en el origen histórico de la asociación en participación, que fué el siguiente: la conveniencia o necesidad de no esperar a los requisitos propios de la constitución de sociedad por la pérdida de tiempo que ello ocasionaba. Y así, MARCHIERI señala que son sociedades sin su aparato externo; LYON-CAEN y RENAULT, sociedades ocultas; ENDEMANN, sociedades de forma accidental y transitoria, y VIDARI, sociedades en las que falta una existencia legal exterior. Este origen nos demuestra que no ha podido, pues, ser determinante en su adopción por la gestión interesada. A pesar de su semejanza, separan a ambas instituciones dos diferencias importantísimas:

a) En la asociación en participación, la responsabilidad es siempre del gestor de la asociación; mientras que en la gestión interesada la responsa-

bilidad, si cae por debajo del mínimo señalado, es de cuenta de la Administración, no del gestor.

b) En la asociación en participación, derivando del carácter de sociedad cuya existencia no se revela al exterior, como ya hemos dicho, los efectos del contrato no trascienden a terceros; mientras que del contrato de nacimiento de la gestión interesada aparecen auténticos derechos que pueden ser ejercitados por terceros. Precisamente esta *trascendencia* frente a terceros del acto constitutivo de la gestión interesada es la que nos mueve a considerarla una convención societaria.

Creemos que, con estas precisiones, quedan claramente diferenciadas la gestión interesada y la asociación en participación (33).

6) *Sociedad de economía mixta.*

Tal vez la diferenciación que se haga entre la gestión interesada y la sociedad de economía mixta sea el punto de precisión doctrinal más ineludible. Y lo es porque la motivación económica de ambas instituciones es la misma; y, por ello, coinciden en gran número de caracteres.

Sin entrar en el problema de la construcción jurídica de las sociedades de economía mixta —uno de los más debatidos en los últimos tiempos (34)—, señalaremos sencillamente aquellos principios doctrinales que se admiten con unanimidad a los efectos de distinguir este tipo de sociedad de la institución que ocupa nuestro estudio. La sociedad de economía mixta es un caso claro de actividad de la Administración sometida al campo del derecho privado; y los caracteres de estas sociedades son dos fundamentalmente: a) Participación de la Administración en el capital social de la compañía creada o que se vaya a crear; b) Participación en la administración de la misma con normas especiales y excepcionales.

Hechas estas precisiones, podemos señalar las diferencias de estas sociedades con la gestión interesada:

a) Que mientras en las sociedades de economía mixta la Administración participa en la administración por normas especiales y excepcionales, en la gestión interesada la Administración participa en la administración

(33) La diferenciación de la gestión interesada con la asociación en participación, siquiera sea sutil, es del mayor interés por la extraordinaria semejanza de ambos conceptos.

(34) Véase GIRÓN TENA: *Las sociedades de economía mixta*, 1942.

en la forma prefijada y en relación con su aportación, no con ese carácter especial y excepcional que hemos señalado para las sociedades de economía mixta; siendo más importante en este ámbito su control sobre la actividad de carácter financiero o la intervención en defensa de su participación en la sociedad.

b) En la sociedad de economía mixta se crea una sociedad y, al mismo tiempo, una nueva personalidad jurídica; mientras que en la gestión interesada no hay nueva aparición de personalidad, sino simplemente continuación de la personalidad del gestor interesado.

c) Los riesgos de empresa en una sociedad de economía mixta son asumidos por la Administración y por el particular en base a su respectiva participación; en la gestión interesada no se practica este sistema, sino que la Administración garantiza al gestor un mínimo, por debajo del cual el riesgo es asumido íntegramente por ella.

d) En la sociedad de economía mixta, la personalidad resultante del acto de creación es una sola empresa, en la que coinciden Administración y particular; en la gestión interesada hay un empresario: el particular, que tiene su carácter empresarial con independencia o como consecuencia del acto de creación, mientras que la Administración no es, en ningún caso, empresario, como ya se demostró. Es decir, que en la gestión interesada el acto de creación no supone ineludiblemente la creación de la empresa, porque ésta podía existir ya; mientras que en la sociedad de economía mixta el carácter empresarial deriva directamente del acto constitutivo.

Tales son las diferencias que, sutilmente, separan a ambas figuras.

7) *Arrendamiento. Especial referencia al arrendamiento de empresa.*

Gran interés tiene señalar la diferencia entre el arrendamiento puro —y sus figuras específicas— con la gestión interesada. Por dos razones principales: 1) La proximidad en muchos puntos de ambas figuras; 2) Porque nuestra regulación legal en dos de los supuestos de gestión interesada, que son el Monopolio de Tabacos y el de Petróleos, como luego veremos, emplean concretamente la palabra arrendamiento (35) para configurar las relaciones entre la Administración y el gestor de ambos Monopolios. Esto es, precisamente, lo que vamos a criticar.

Refiriéndonos al primer supuesto, es decir, al examen de si la gestión

interesada es o no un arrendamiento, se presenta como previa la cuestión de qué clase de arrendamiento será. Y de las tres posibilidades admitidas por el Derecho civil (art. 1.542: cosas, obras o servicios C. c.), sólo se puede encuadrar en el de cosas, considerando la entrega de elementos de explotación —o bien la aportación de la Administración— como objeto de un arrendamiento hecho al gestor. Una vez fijado este punto, será necesario determinar el concepto de arrendamiento, figura que juega sobre tres supuestos fundamentales, como señala el art. 1.543 del C. c.: 1) Cesión del uso o goce de una cosa; 2) Determinación en el tiempo; 3) Precio cierto. Todo el problema se reduce, pues, a ver si se dan dichos requisitos en la gestión interesada (36).

1) Cesión del uso o goce de una cosa.

Por lo anteriormente apuntado, se puede admitir *latu sensu* que la «puesta a disposición» de los elementos de la explotación de que hablan los textos legales reguladores de las figuras de gestión interesada, es el goce o uso a que se refiere la definición del arrendamiento. Así, pues, *in genere*, se puede admitir que dicho requisito concurre en ambas figuras, arrendamiento y gestión interesada (37).

2) Tiempo determinado.

Mientras el anterior requisito se cumple, el que ahora se examina no es de esencia del concepto de la gestión interesada. Y no lo es porque mientras en algunos supuestos se admite esta limitación temporal (Tabacalera, Ley de 18 de marzo de 1944, Base II: «La duración del contrato será de veinticinco años...»), en otros casos no existe dicha limitación (CAMPSA, Reglamento de 20 de mayo de 1949, art. 7.º: «El Monopolio continuará administrado por tiempo indefinido...»); y es que en la gestión interesada no tiene trascendencia la fijación del tiempo como requisito esencial de la institución y sólo sirve la determinación o indeterminación del mismo

(35) Tabacos (Ley de 18 de marzo de 1944, Base IV: «Serán obligaciones de la Compañía Arrendataria...»); Petróleos (Ley de 17 de julio de 1947, art. 3.º: «La explotación continuará atribuida a la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos...»). Y ya, con menos claridad, pero persistiendo siempre en la misma idea, en ambas figuras se habla con profusión de «Compañía Administradora del Monopolio». Todo esto, sin referirnos al carácter de «arrendatarias» con que en los textos legales respectivos se adjetivan las dos figuras.

(34) Véase MANRESA: *Comentarios al Código civil*. Tomo X. Madrid, 1950. También FUBINI, R.: *El contrato de arrendamiento de cosas*. Trad. Madrid, 1930.

(37) Posteriormente veremos cómo las precisiones que se hagan modifican lo tajante de la afirmación.

como criterio para una mayor o menor rigurosidad del control estatal respectivamente.

3) Precio cierto.

Como hemos señalado, la participación de la Administración —el supuesto arrendador— variaría dentro de los límites determinados por la participación del gestor. Hasta aquí, aunque con graves inconvenientes, se podría admitir la existencia de un «precio cierto»; pero lo que de todos modos es incompatible con este requisito es la *aleatoriedad* del resultado propia de la gestión interesada. En efecto, al asumir la propia Administración el riesgo resultante de la gestión, siempre que caiga por debajo del mínimo que se asegura al gestor, la doctrina del precio cierto quiebra totalmente porque, en este caso, el precio ni siquiera existe, antes bien se sustituye por una asunción de las pérdidas de la explotación.

A estos criterios de distinción se pueden añadir algunos más :

4) Como dice FUBINI (38), no puede hablarse de arrendamiento allí donde surge una propiedad nueva, a la que, fundamentalmente, la actividad y el patrimonio del gestor dan vida.

5) Que mientras en la gestión interesada existe una vinculación común de la Administración y el gestor, en la finalidad de la gestión, en el arrendamiento tal cosa no ocurre, ya que la única limitación que se impone al arrendatario es destinar la cosa al uso pactado o, en su defecto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa, con la diligencia conveniente; pero se excluye toda vinculación directa (Cfr. 1.555, 2.º, C. c.).

6) En el arrendamiento, el arrendador no participa en absoluto en la administración que de la cosa hace el arrendatario; en la gestión interesada, si bien con bastantes limitaciones, la Administración interviene en la gestión.

7) Por último, hay que indicar que dos de los modos típicos de continuación y de extinción de la relación jurídica de arrendamiento de cosas, que son la tácita reconducción y el desahucio, respectivamente, no tienen ninguna posibilidad de aplicación a la gestión interesada.

Una vez examinadas las diferencias entre el arrendamiento de cosas y la gestión interesada, pasamos a considerar las existentes entre dicha institución y una forma cualificada del arrendamiento, cual es el arrendamiento de empresa (39). Las consideraciones ya apuntadas del arrenda-

(38) Ob. cit. *supra*.

(39) Es necesario señalar que el arrendamiento de empresa no debe confundirse con

miento de cosa le son aplicables *in genere*, pero existen diferencias específicas que luego se examinarán.

Antes de iniciar esta materia, y con el fin de completar el panorama de la distinción con el contrato de trabajo, haremos una breve referencia a las semejanzas y diferencias que existen entre el contrato de grupo y el de empresa.

Característica fundamental que cualifica al contrato de empresa frente al de grupo es la asunción de un riesgo económico que, contractualmente, deba extenderse a algún factor, *además de al trabajo*. Esta es la nota fundamental; pero es necesario completarla. Y así ALONSO OLEA señala que para que el contrato de grupo siga subsistiendo como contrato de trabajo y no pase a ser contrato de empresa, es absolutamente preciso que el contratista lo que arriesgue sea exclusivamente su remuneración. Sólo de este modo se puede llamar al contratista trabajador, y a su remuneración, salario. Si el riesgo afecta a un factor de beneficio independiente, y además a la remuneración, el contratista sigue siendo tal contratista y su pretendida remuneración es en realidad un precio. Cita ALONSO OLEA, en apoyo de su tesis, varias sentencias del Tribunal Supremo, y especialmente la del 31 de mayo de 1954, que basa la distinción en la aleatoriedad del beneficio frente a la seguridad del salario.

De todo lo expuesto, se deduce claramente que, estando la remuneración que recibe el gestor sometida a un límite mínimo, del cual no puede bajar —pero sin la «seguridad» del salario—, con la complejidad de elementos económicos que nunca acompañan a la relación laboral y sin el sentido personal que preside toda esta regulación, la gestión interesada se encuentra más cerca de la figura del contrato de empresa que del contrato de grupo (40).

Examinadas las anteriores figuras, sólo nos queda para completar el

el contrato de empresa; en rigor, al arrendamiento de obra y al contrato de empresa les separan simples diferencias de matiz. Véase NART: *Contrato de obra y empresa*, en «Revista de Derecho Privado», 1951, que distingue entre el contrato de obra, cuyo objeto lo constituye la actividad humana en cuanto dirigida a un resultado, y el contrato de empresa, cuyo objeto es únicamente el resultado de tal actividad. Cit. por CASTÁN, volumen IV: *Derecho civil español, común y foral*, 1952. Al ser, pues, el contrato de empresa, en definitiva, un arrendamiento de obra, queda descartado por lo dicho anteriormente.

(40) Pero, como se ha indicado en la nota anterior, al ser el contrato de empresa una modalidad del arrendamiento de obra, queda eliminada —a limine— la posibilidad de equiparación entre dicha institución y la gestión interesada. *Vide infra*.

cuadro del arrendamiento y el del contrato de trabajo el examen del arrendamiento de empresa (41).

La distinción esencial entre ambas figuras se encuentra en que mientras el contrato de arrendamiento de empresa supone la *empresa ya existente*, el de gestión interesada nunca supone esta circunstancia (42); unas veces, el contrato entre la Administración y el gestor significará simple transmisión de una empresa ya existente, pero otras, el nacimiento —o mejor la posibilidad de nacimiento— de la empresa obedece al acto de creación contractual. Mientras en el contrato de arrendamiento de empresa la existencia de ésta en funcionamiento tiene la categoría de requisito esencial, en la gestión interesada no pasa de ser una simple circunstancia indiferente.

Pero se pueden arbitrar otras diferencias :

a) El punto de la atribución de beneficios es un criterio importante POLACCO y SIMONCELLI indican que hay que examinar si existe o no independencia de las economías respectivas; es decir, si el arrendador es o no extraño a las operaciones realizadas por el arrendatario. Si es extraño, será verdaderamente un arrendador; pero si no lo es, entonces nos encontraremos *latu sensu* ante la figura de la sociedad. No otra es la tesis sostenida en este trabajo y matizada anteriormente con la denominación de convención societaria.

b) De gran importancia también es considerar que si nos encontramos ante un arrendamiento de empresa, el arrendador sería la Administración, la cual viene a hacer coincidir en ella las características de arren-

(41) Realmente, el arrendamiento de empresa es, en definitiva, un arrendamiento de cosas, si bien de una cosa especial y *sui generis*, cual es la empresa. Esta asimilación resulta claramente del nuevo texto de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956, en donde se dice en el art. 3.º, 1, que «el arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral». Esta es, pues, una clara referencia a la regulación del arrendamiento de empresa en base a las disposiciones del arrendamiento de cosas.

(42) Esta necesidad de que la empresa esté ya en funcionamiento resulta, asimismo, del texto regulador de los Arrendamientos Urbanos. En efecto, en el citado art. 3.º se dice que sólo se reputará existente el arrendamiento de empresa «cuando el arrendamiento recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas».

dador y empresario, y ya hemos demostrado anteriormente cómo la Administración no era empresario.

Con lo dicho queda indicado que, si bien existen semejanzas indudables entre el contrato de arrendamiento de empresa y la gestión interesada, no se pueden hacer coincidir ambas figuras.

V. CONTENIDO

A) Elementos objetivos de la gestión interesada.

1) El servicio público.

El funcionamiento de la gestión interesada supone siempre la prestación de un servicio público a los particulares administrados. No entramos aquí a examinar el problema del concepto del servicio público ni su alcance; pero, en sentido lato, la prestación que se verifica por la gestión interesada se puede considerar tal servicio público (43). Algunos autores precisan más el concepto, y lo refieren concretamente a la gestión de los servicios públicos industriales (PÉZET DE CORVAL). Sin embargo, no parece admisible su tesis, por demasiado restringida. Y no es admisible porque, si bien en derecho constituido se puede señalar que la gestión interesada supone casi constantemente la prestación de ese servicio público industrial, en derecho por constituir la institución puede comportar otros tipos de servicio público.

En todo caso, la prestación de este servicio suele llevar aparejada, de hecho o de derecho, el otorgamiento de un monopolio (44). Ciertamente que pueden existir casos en los que este carácter no se dé; pero siempre las limi-

(43) El servicio público que prestan ambos Monopolios viene claramente determinado en sus textos reguladores. En el de Tabacos, el Decreto de 3 de marzo de 1945, en la nomenclatura ya señala que cuando se emplee la expresión de Monopolio «se designará con ella el servicio público autónomo, dotado de sustantividad y patrimonio propio, que engloba las distintas Rentas y Servicios...»; y en el de Petróleos, el art. 2.º de la Ley de 17 de julio de 1947 señala, asimismo, claramente las circunstancias constitutivas de prestación del servicio que corresponde al citado Monopolio.

(44) El carácter de monopolio resulta claramente en la regulación de la Tabacalera de la cláusula I, 1), en la que se menciona concretamente este término; y en la regulación de la CAMPSA, el art. 1.º de la Ley de 17 de julio de 1947 contiene igual mención.

taciones son tan extensas en favor del gestor, que, en el más amplio de los casos, supone una concurrencia económica muy imperfecta.

Tal vez sea ésta una de las notas financieras que sirven para delimitar estrictamente la institución: que la participación de la Administración, en virtud del contrato celebrado con el gestor, hace que la competencia que a las formas de gestión interesada hacen los particulares administrados o bien no existe, o si existe lo hace en condiciones restringidísimas.

Con ser éste uno de los aspectos más importantes del carácter de servicio público, no es el único. En efecto: en muchas ocasiones la Administración aprovecha el funcionamiento de la gestión interesada para obtener la prestación de un nuevo servicio público: nos referimos a la recaudación de impuestos sobre el consumo (45). La nota no es esencial al concepto; pero derivado del régimen extraordinario a que está sometida la institución, se aprovecha la Administración con frecuencia de esta circunstancia con el fin de obtener dicha recaudación.

Así, pues, la nota de servicio público engloba un doble respecto: por una parte —nota necesaria—, se presta a los particulares administrados un servicio público al poner a su disposición las prestaciones propias de la gestión; por otra —nota accidental—, se puede arbitrar por la Administración dicho esquema para recaudar una serie de impuestos específicos.

2) *Participación financiera de la Administración.*

A través de esta nota se puede obtener una de las caracterizaciones más propias de la gestión interesada.

En general, al entregar la Administración parte de activo inmobiliario o al realizar determinadas prestaciones, se le concede a cambio una participación en los Beneficios (46).

(45) Ambos Monopolios realizan la recaudación de los impuestos sobre el consumo de sus productos. Así el de Tabacos establece en la cláusula preliminar que constituyen «Servicios de este Monopolio... la recaudación de los impuestos sobre el tabaco y demás productos del mismo; y en la cláusula III, 1), 11, c), se insiste en lo dicho. El Monopolio de Petróleos, en la Ley reguladora, establece en el art. 10 el mismo principio.

(46) Monopolio de Tabacos: Texto regulador, cláusula II, apartado 4), en el que se señala que la participación del Estado se concede en acciones de la Serie B a cambio de los elementos materiales que aporta. Y el de Petróleos, en su art. 8.º de la Ley reguladora de 1947, en relación con la cláusula 2.ª del Real Decreto de 10 de enero de 1928, establece que la participación del Estado se constituye por acciones de la Serie A, nominativas e inalienables, a cambio de la aportación que señala el art. 9.º de la Ley de 1947.

La Administración participa en los gastos de primer establecimiento, ya sean normales o anormales; si bien en este último caso se suele acudir con frecuencia a la fórmula del empréstito o a la emisión de deuda pública, lo que no deja de ser una solución peligrosa. En todo caso, todo este complejo financiero obliga a la Administración a un control riguroso, como luego veremos.

3) *Privilegios y exenciones.*

En todo caso, el funcionamiento de la institución lleva estas dos ventajas claramente separables: los privilegios y las exenciones.

Los privilegios suponen la posibilidad que tiene la gestión interesada de adquirir los materiales propios o necesarios para la explotación de la empresa, sin obligación de satisfacer los impuestos generales que gravan la importación de dichas materias; otras veces, la forma no es la exención total, sino parcial, o bien otros determinados beneficios fiscales de análoga naturaleza (47).

Por lo que respecta a las exenciones de tipo tributario, en todo caso se considera exenta la participación de la Administración, pudiendo también otorgarse el trato de favor al gestor interesado, sin que este requisito sea necesario (48).

4) *Control.*

Como ya se indicó, la participación que se concede a la Administración implica, en todo caso, un control. Control que no suele estar entregado a un solo órgano, sino que en la función que examinamos se entrecruzan órganos diversos (49) —si bien pertenecientes todos a la Administración

(47) Ambos Monopolios gozan de franquicias arancelarias. El de Tabacos, por el régimen de compra de labores extranjeras que establece la cláusula X en relación con el apartado 3) de la cláusula XV, que determina la exención. Y en el de Petróleos existe el mismo régimen en virtud del art. 6.º del Reglamento de 20 de mayo de 1949, en relación con el art. 13, apartado 1.º, del Real Decreto de 28 de junio de 1927.

(48) Monopolio de Tabacos. Régimen fiscal establecido en la cláusula XV, 1), 2): y en el de Petróleos, art. 27 del Reglamento, en relación con el párrafo segundo del art. 13 de Real Decreto de 1927.

(49) Delegado del Gobierno, Ministro de Hacienda y Gobierno, según los casos.

y con criterio de subordinación jerárquica, según la importancia del asunto, que realizan el control sobre dos aspectos esenciales: estrictamente administrativo y puramente financiero.

En ambos casos, el control trata de asegurar la continuidad del servicio y la ejecución del mismo, de un lado; y de otro, salvaguardar la participación financiera de la Administración.

a) *Estrictamente administrativo.*

Es de tal amplitud y de tan difícil precisión, que es poco menos que imposible determinar toscamente sus posibilidades. En general, se centra en dos puntos concretos: intervención de la Administración en el nombramiento del alto personal de la empresa (50) y la intervención en la fijación del precio-tipo (51) a satisfacer por los particulares respecto de las prestaciones que perciban; lo que constituye una garantía para los mismos administrados.

b) *Financiero.*

Señala WATRIN que además del control administrativo es necesario un control financiero, porque sobre el régimen administrativo de la gestión interesada se monta un régimen financiero que obliga a esta fiscalización.

Si ya antes hemos dicho que el control administrativo es necesario para garantizar la participación de la Administración, mucho más lo será el financiero, que, en las diversas formas que vamos a examinar, evita que se realice una gestión defectuosa del servicio. Hasta tal punto es importante e intensa esta intervención, que ha hecho exclamar a algún autor si el control en la gestión interesada no será la regla y la libertad la excepción; sin embargo, como vamos a ver, el funcionamiento de la empresa

(50) Monopolio de Tabacos. Cláusula XIII, 4), que requiere la aprobación del Ministerio de Hacienda, y el 5), que la exige para la revocación. Monopolio de Petróleos, art. 6.º, en igual sentido.

(51) Monopolio de Tabacos: El precio-tipo se fija con arreglo a los elementos de cálculo que establece la cláusula VI; y en la misma, al final, se establece la intervención concedida al Delegado del Gobierno. El Monopolio de Petróleos establece que corresponde al Gobierno, previa propuesta del Ministro de Hacienda, fijar los precios de venta de los distintos productos (art. 18, a), de la Ley de 1947).

se realiza con la suficiente autonomía como para no justificar una tesis tan extremada.

El control financiero puede ser de tres clases: preventivo, en curso de ejecución y *a posteriori*. El primero es realmente un requisito de constitución (condición legitimadora); el segundo, un requisito de aprobación (condición de eficacia) y el tercero simplemente un sistema de valoración general.

a') *Preventivo.*

Este control se realiza sobre diferentes supuestos. En primer lugar, sobre los gastos (52), porque ya en el contrato de creación de la gestión interesada se señalan los límites de los mismos y, generalmente, se necesita aprobación del organismo de control cuando exceda de una determinada cifra. Asimismo, existe también control sobre los ingresos (53). Este aparece fundamentalmente por el principio que ya se indicó, de que al gestor interesado se le señala un máximo y un mínimo por la prestación del servicio (54); y tanto uno como otro, están sometidos a la fiscalización de la Administración en formas diversas.

Por último, y con carácter general, el control preventivo se practica sobre toda clase de operaciones que puedan entrañar una repercusión financiera y reviste casi siempre la forma de una autorización del órgano de control (55).

(52) Monopolio de Tabacos: cláusula XVIII, 1), 2), sobre la emisión de obligaciones y obtención de créditos. Monopolio de Petróleos, art. 17 de la Ley de 1947, en igual sentido.

Todo ello sin perjuicio de la intervención del Delegado del Gobierno en la aprobación de gastos de ambos Monopolios; que luego se verá.

(53) El control más importante que se establece sobre los ingresos tal vez sea el derivado de los posibles aumentos de capital. Así, el Monopolio de Tabacos, cláusula II, apartado 5), que establece el control previo del Ministerio de Hacienda; y el de Petróleos, que establece análogo principio en el art. 8.º de su Ley reguladora.

(54) No vamos a entrar a examinar en este momento los límites máximos y mínimos, porque se estudian en la parte VI, letra D), de este mismo trabajo.

(55) En este apartado se han de incluir aquellos tipos de control que no tengan encuadre específico. En el Monopolio de Tabacos, las facultades concedidas al Ministro de Hacienda en las cláusulas XI y XII; y al Delegado del Gobierno, en la XIV. En el de Petróleos, las atribuciones concedidas al Delegado del Gobierno en los arts. 11, 12, 16, y el derecho de veto que le atribuye el 22 del Reglamento de 1949.

b') *En curso de ejecución.*

Esta modalidad de control se realiza por la Administración de dos formas: por las visitas o inspecciones a las instalaciones de la empresa (56) y por la asistencia a las Juntas de accionistas de la misma (57).

En ambos casos, se trata de la salvaguarda de los derechos de la Administración y de los particulares, por medio de las formalidades antes citadas.

c') *A posteriori.*

El control *a posteriori* se verifica mediante el examen y aprobación de la gestión realizada por el gestor interesado al frente de su empresa. Reviste diversas modalidades inespecíficas; pero se concentra especialmente en el examen de la contabilidad de la empresa (58) (rendición de cuentas, formación de balances) y, en suma, en el examen de toda gestión recaudadora y de la liquidación anual (59).

c) *Sanciones.*

El incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato de creación de la gestión interesada y de la gestión de la empresa considerada estrictamente, da lugar a la posibilidad de sanciones que podemos agrupar en los siguientes apartados:

(56) Estas visitas e inspecciones vienen taxativamente señaladas en la cláusula XIV, 2), del Monopolio de Tabacos; y en el art. 16, apartado 6.º, del Reglamento de 1949 del Monopolio de Petróleos.

(57) La asistencia a las Juntas y a los Consejos de Administración, como obligación del Delegado del Gobierno, se establece para el Monopolio de Tabacos en la cláusula XIV, 2) y 3); y para el de Petróleos, en los arts. 16, 2.º, y 19 del Reglamento.

(58) La regulación de las cuentas y balances para el Monopolio de Petróleos se establece en los arts. 40 a 46 del Reglamento, y para el de Tabacos en la cláusula XVI del texto regulador de 1945.

(59) La necesidad de la liquidación anual y la forma de realizarla se establece, para el Monopolio de Petróleos, en el art. 52 del Reglamento; en el de Tabacos se establece asimismo en la cláusula XVI, 4); y por el carácter temporal determinado del mismo se establecen las normas para la liquidación final en la cláusula XXII.

1) *Multas.*

La sanción más leve, que se suele imponer al gestor por retraso en el cumplimiento de los deberes antes citados; coincide en esencia con la multa que en iguales supuestos se impone en los contratos administrativos (60).

2) *Suspensiones.*

Se puede imponer en caso de falta más grave, y supone que la gestión se verificará, en todo caso, a cargo y riesgo del gestor. Generalmente, aunque esté dentro del esquema conceptual, no se suele arbitrar por los derechos positivos, que van a la rescisión del contrato (61).

3) *Caducidad.*

Forma de sanción con la que se castiga una sola clase de incumplimiento: la falta de puesta en explotación en el plazo fijado (62).

4) *Rescisión.*

Esta forma de terminación del contrato, a cuenta y riesgo del gestor, sólo tiene lugar por incumplimiento de las condiciones taxativamente estipuladas y a las que se señala concretamente esta penalidad. La enumeración de casos es cerrada y no susceptible de ampliación (63).

(60) La posibilidad de multas, por infracción de las obligaciones, viene señalada en la cláusula XX, apartado 1), en relación con el 4), para el Monopolio de Tabacos. No hay precepto similar en la regulación del de Petróleos.

(61) Aunque la posibilidad de suspensión es una alternativa teórica, sin embargo, los textos positivos no suelen contemplarla por las perturbaciones que originaría. En los dos Monopolios que estamos examinando, no se establece esta forma de sanción.

(62) Sin embargo, en nuestro derecho, no coinciden las disposiciones legales con el carácter que doctrinalmente hemos atribuido a la caducidad; y así el Monopolio de Tabacos sólo contempla esta posibilidad por terminación del plazo fijado (cláusula I, 4). Y en el de Petróleos no se contempla porque, con arreglo al art. 7.º de su Reglamento, su duración es indefinida.

(63) Establecida esta forma de sanción para el Monopolio de Tabacos en la cláusula XX, 2), 3) y 5); y en el de Petróleos, en el art. 20 de la Ley de 1947, en relación con los casos y condiciones del Decreto-Ley de 1927.

Y así, aunque algunos textos legales hablan de la posibilidad de rescisión sin expresión de causa (64), no se trata de una propia rescisión, sino de un verdadero rescate, forma que aproxima la gestión interesada a la concesión propiamente dicha. (Además, y de suyo, el rescate no supone propiamente sanción).

d) *Ejecución provisional por la Administración.*

Como consecuencia de la rescisión y del rescate, puede ser la misma Administración la que realice directamente el servicio (65).

B) *Elementos subjetivos.*

I. *Inter partes.*

a) *Organización de la sociedad.*

Dos supuestos importantes se reúnen bajo esta denominación: uno de ellos es el relativo a la configuración jurídica del gestor, o, por mejor decir, la naturaleza jurídica del gestor, que por estar ya tratado no vamos a insistir en él; el segundo se refiere a la forma de organizarse la sociedad como empresa.

En este punto son varias las soluciones adoptables, ya que el gestor puede ser una persona física o jurídica. De todos modos —y aunque haya pluralidad de soluciones opinables—, dado el gran desarrollo de los servicios públicos y la magnitud de las organizaciones que requieren para su funcionamiento, el modo normal de organización de la sociedad es el mol-

(64) La posibilidad de rescate, configurada en nuestro derecho con la denominación de rescisión sin expresión de causa, está contemplada, para el Monopolio de Tabacos, en la cláusula XX, 6); para el de Petróleos, por el art. 20 de la Ley de 1947, en relación con el art. 16 del Decreto-Ley de 1927.

(65) Aunque no se establece esta posibilidad en nuestro derecho, es indudable que en los supuestos de rescisión, rescate o cumplimiento del término de los contratos respectivos deberá la Administración asumir el cumplimiento del servicio, en tanto no se encomiende a otra compañía gestora.

de jurídico de la sociedad anónima o, con fórmula más amplia, la sociedad de capital (66 y 67).

b) *Regla definidora.*

Sin embargo, la organización de la sociedad y su misma trascendencia requieren algunas precisiones. Es la primera que por esa importancia el contrato celebrado entre la Administración y el gestor se debe considerar como un acuerdo de voluntades, celebrado *intuitu personae*, que excluye, por una parte, la posibilidad de sucesión, y de otra, la transmisión de la misma empresa a voluntad del gestor (68).

Además, la importancia de los intereses gestionados obliga a que la suscripción de acciones representativas del capital de la empresa gestora solamente se ofrezca a los nacionales, por la tendencia casi inevitablemente monopolística a que se orientan estas formas de gestión y por no parecer deseable que en estas condiciones esté el capital —en parte o en su totalidad— en manos de los extranjeros (69).

Por último, la configuración jurídica que adopta la gestión interesada hace que, desde su nacimiento, adquiera plena personalidad jurídica (70).

c) *Remuneración.*

Como señala WATRIN, la gestión interesada supone la coincidencia de la Administración y de un particular (persona física o jurídica gestora)

(66) El carácter de sociedad anónima viene expresamente determinado para el Monopolio de Tabacos en el art. 3.º del Decreto de 3 de febrero de 1945. Y para el de Petróleos, en el apartado segundo del art. 3.º de la Ley de 1947.

(67) El configurar ambos Monopolios sobre el esquema legal de la sociedad anónima se debe al deseo de poder utilizar una construcción institucional de exacta regulación y control, cual es la de esta sociedad. En rigor, su relación con la Administración es doble: como *accionista* y como *gestor* del servicio.

(68) Aunque no se dice de manera expresa en la regulación legal de las figuras que examinamos, esta imposibilidad de transmisión, la verdad es que dicha imposibilidad resulta claramente de todo el sentido de los textos legales. *Vide infra*.

(69) La necesidad de pertenecer a la nacionalidad española los titulares de las acciones respectivas del capital privado resulta de la cláusula II, 3), para el Monopolio de Tabacos, y del art. 8.º de la Ley de 1947 para el de Petróleos.

(70) La configuración de ambos Monopolios como sociedades anónimas supone, necesariamente y de acuerdo con el Código de Comercio (art. 116), la existencia de personalidad jurídica.

qué aportan: la primera, capital, y la segunda, capital y trabajo. Y es necesario que los elementos de esta colaboración se retribuyan sobre la base de una «equivalencia honesta». Así, pues, la remuneración debe ser doble: del capital de la empresa y del gestor.

Al capital de la empresa —perteneciente a la Administración y al gestor— se le garantiza un mínimo por acción, que suele coincidir con la tasa legal en materia de interés (71). Para PÉZET DE CORVAL, el capital corre, como en toda empresa, un cierto riesgo, riesgo que se vence en base a un doble estímulo: positivo, puesto que los accionistas se interesan en la gestión de la empresa; y negativo, en cuanto se garantiza ese interés mínimo por acción.

Por otra parte, la empresa explotadora, constituida en forma de gestión interesada, realiza un trabajo que debe obtener su remuneración: esto se consigue con la atribución de una remuneración de tipo complementario que se realiza, o bien entregando a la sociedad una cantidad fija, o bien una cantidad calculada sobre el rendimiento de los productos netos de la explotación (72).

Sin embargo, hay autores, como PÉZET DE CORVAL, que creen que la limitación que se señala a esta remuneración, para que no exceda de determinados límites, no es lógica; por ello propugna la solución de que se aplique un montante menor, pero sin limitación.

La realidad es que ambos tipos de remuneración —la del capital de la sociedad y la del trabajo del gestor— suelen ir englobados en base a los criterios siguientes, muy usados (GEORGIN):

- Una prima a la explotación.
- Una prima sobre los productos de la explotación.
- Una prima sobre productos accesorios.

d) *Atribución del «exceso» de beneficios.*

Los beneficios se atribuyen —por encima del interés asegurado al capital y al trabajo del gestor— a la Administración en su totalidad o en parte, como hemos dicho.

(71) *Vide infra*: VI, apartado D), de este mismo trabajo.

(72) *Idem id.* Indicaremos que en los citados Monopolios hay unos beneficios que corresponden a la Administración *directamente* y otros como accionista de esas figuras. *Vide infra.*

No obstante, se suele procurar el interés de la empresa gestora mediante la participación en este «superbeneficio», que conduce a que aquélla realice un esfuerzo suplementario (73).

e) *Riesgos de empresa.*

Cuestión importantísima para la delimitación de la institución es la relativa a los riesgos de la empresa. Y es importante porque la empresa funciona con autonomía —en base al principio de que el gestor se interesará en su desarrollo hasta el punto en el que obtenga el mayor beneficio— soportando los gastos diversos de la explotación. Una vez deducidos de los ingresos brutos las cantidades correspondientes para cubrir esos costes, la empresa debe proporcionar un tanto por ciento de beneficio a los títulos representativos del capital en la cuantía señalada. Hasta aquí, el funcionamiento es el normal de una empresa; pero la característica de las figuras que examinamos es que si la empresa no cubre sus gastos ni el tanto por ciento mínimo de interés fijado al capital, se plantea el problema de obviar ese déficit. Y caben dos soluciones: o bien suprimir el servicio —solución que sería contraria a la eficaz y normal gestión de un servicio público—, o bien —solución seguida en la gestión interesada— que la Administración soporte ese riesgo a cambio de su participación (74). Esta última es la única solución viable para la continuidad de una empresa que reviste siempre los caracteres de empresa privada de utilidad pública o social. Tan normal es que este riesgo gravite sobre la Administración, que los dos únicos casos conocidos en que así no sucede —servicios del gas y de la electricidad en París— se consideran por la doctrina como casos excepcionales y cabría preguntarse si en ellos no se desvanece la idea de gestión interesada, para dar paso a otro tipo de gestión.

f) *Gestión de la sociedad.*

La gestión de la sociedad se verifica libremente, bajo el control de la Administración, que será más o menos intenso según que la figura se haya creado por tiempo indefinido o por plazo determinado (75).

(73) La existencia de este «superbeneficio» y la distribución entre la Administración y el gestor viene determinada, para el Monopolio de Tabacos, en la cláusula IV), 4); y para el de Petróleos, en el art. 14 de la Ley de 1947 y el 55 del Reglamento. *Vide infra.*

(74) *Vide infra*: VI, apartado D), de este mismo trabajo.

(75) Del examen comparativo de la regulación legal de ambos Monopolios, se obser-

Una limitación de gran importancia en la gestión de la sociedad es la derivada de la obligación de la empresa gestora, de constituir determinadas reservas (76).

II. *Inter alios.*

a) *Extensión territorial.*

Como consecuencia de la característica anteriormente apuntada (*vide supra*), de la intervención de la Administración en la fórmula de la gestión interesada, aparece la necesidad de determinar el ámbito o extensión territorial a la que la gestión alcanza. Y desde este punto de vista, las gestiones interesadas pueden ser nacionales o locales (77).

b) *Relaciones de la gestión-interesada con los particulares.*

a') *Los particulares consumidores de los productos.*

Las formas de puesta a disposición de los particulares de los productos son muy variadas; generalmente se harán por el precio fijado sin más limitación (78); otras veces, la adquisición de las prestaciones propias de la gestión interesada significará —por sus caracteres y limitación en la adjudicación de los productos— verdaderos contratos de adhesión.

b') *Los particulares suministradores de elementos a la empresa.*

Por las características especiales de la empresa y su importancia para la economía nacional, los suministradores de estos elementos necesarios

va cómo el control establecido sobre el Monopolio de Petróleos es mucho más intenso que el que existe sobre el de Tabacos; todo ello en base al criterio arriba indicado.

(76) Aunque el punto carece de importancia desde el ángulo de vista de nuestro examen, señalaremos que tanto uno como otro Monopolios tienen que constituir las reservas señaladas en legal forma.

(77) El ámbito de extensión territorial del Monopolio de Tabacos se establece en la cláusula I, 3); y la extensión del de Petróleos la determina el art. 2.º, apartado segundo, de la Ley de 1947.

(78) Ya anteriormente se indicó que la intervención de la Administración en la fijación de los precios implicaba una garantía para los administrados. *Vide supra.*

para el desarrollo de la gestión están sometidos a un trato de favor, que se traduce en medidas diversas de tipo financiero, en cuyo examen no es necesario entrar (79).

c) *Monopolio.*

En todo caso, el funcionamiento de la gestión interesada supone esta característica, o al menos la limitación a que nos hemos referido al hablar de los elementos objetivos, en su apartado 1) (*vide supra*).

VI. LA GESTIÓN INTERESADA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

A) *Los «iura regalia».*

Al examinar en el derecho español la figura de la gestión interesada, es obligado hacer una referencia concreta a los denominados *iura regalia*. Y esto por una razón importantísima: porque, históricamente, las dos figuras que funcionan bajo este régimen en la actualidad y que constituyen dos supuestos específicos en nuestro derecho de esta forma de gestión —Tabacalera, S. A., y C. A. M. P. S. A.— tienen su origen en las antiguas regalías del príncipe. De una manera clara en el Monopolio de Tabacos, y de una forma bastante compleja, como a continuación vamos a examinar, en el de Petróleos.

Se ha señalado ya por la doctrina que el siglo xvii supone para el derecho español la aparición de los monopolios, constituidos —aparte de otras figuras de menor interés— por las denominadas «siete rentillas»; el siglo xix supone, por el contrario, la desaparición de esa corriente monopolista, quedando reducidos los existentes —después de la desaparición del de Cerillas y Fósforos por Ley de 20 de julio de 1955— a los de Tabacos y Petróleos ya citados (80).

El origen del Monopolio de Tabacos arranca de 1632, fecha en que se estableció el estanco para las provincias de León y Castilla; y que en 1707

(79) Aunque no está recogido en ninguna de las dos regulaciones legales que estamos examinando, este principio, sin embargo, doctrinalmente se debe admitir, aunque no sea esencial para la formulación del concepto de gestión interesada.

(80) Prescindimos, naturalmente, de otras formas monopolísticas que no se pueden incluir bajo el régimen de gestión interesada.

y 1878 contempla su extensión a Aragón, Navarra y las Vascongadas. Su régimen fué diverso; pero a partir de 1887 es cuando se ajusta al sistema de arrendamiento (81) —en rigor, gestión interesada— a cargo de la Compañía Arrendataria de Tabacos; de aquí se pasa al contrato con la Tabacalera, Sociedad Anónima, que se celebró el 3 de marzo de 1945, por haber terminado el plazo que se señaló a la Compañía Arrendataria.

El Monopolio de Petróleos presenta una génesis más complicada. El petróleo se consideró —en principio y dentro del sistema general, aunque los productos petrolíferos no fueran ampliamente utilizados (82)— como combustible mineral y, por tanto, sujeto al derecho minero. Y su origen regalístico es muy antiguo. Ya en las Siete Partidas, Alfonso X reservaba como pertenecientes al patrimonio real las minas del subsuelo. De donde el origen del privilegio regalístico se encuentra en España en el año 1256. El régimen regalista continúa en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el Código formado por Juan I en las Cortes de Briviesca de 1437 y en la Pragmática de Doña Juana, Regente en ausencia de Felipe II, dada el 10 de enero de 1559 y confirmada después por dicho Soberano.

Pero de más interés, por más precisas, son las Ordenanzas de Carlos III. En efecto, en el artículo 22 del Título 40 de las mismas se lee: «Asimismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar no sólo las minas de oro y plata, sino también las de piedras preciosas, cobre, plo-

(81) Es curioso observar que la falta de un esquema conceptual propio y adecuado obligó a emplear el término arrendamiento, figura que, como hemos visto, no es identificable con el régimen de funcionamiento de ambos Monopolios. También, *vide infra*.

(82) «Parece haber sido conocido, descrito y aun industrialmente aprovechado desde tiempos muy remotos. Ya HERÓDOTO cuenta cómo cerca de Babilonia existían muchos pozos de aceite brotante, que describe con pasmo y minucia. DIOSCÓRIDES, ESTRABÓN y PLINIO refieren casi unánimemente que en Sicilia y Agrigento se usaba con singular artificio el aceite de la tierra para usos de alumbrado. PLUTARCO, por su parte, consigna la maravillosa abundancia de betún de los alrededores de Ecbatana.

En Oriente, viejas crónicas de China y Japón hacen referencia al gas natural que emanaba de las entrañas de la tierra, combustible siempre, y a las veces ardiente de modo espontáneo. Lo más probable parece que en el Japón por lo menos el petróleo fué conocido desde el siglo VII de la era presente, y eso aun en algunos de sus más importantes usos y excelencias industriales.»

En Europa, cerca de Salsomaggiore, brotó en 1216 una fuente de aceite natural; por cuya causa el escudo de esta ciudad ostenta una salamandra flamígera. MARCO POLO habla también de la riqueza de aceite mineral de Bakú; Tegernsee vió aparecer en sus alrededores los manantiales que la harían célebre en 1436. El «bálsamo de tierra» de Galicia principió a conocerse, si hemos de creer a algunas Actas del Santo Oficio, en 1506. *Vide MENDOZA SALVADOR: La controversia del petróleo. Méjico, 1921.*

mo, estaño, azogue, antimonio y piedra calaminar, bismuto, sal gema y cualesquiera otros fósiles, ya sean minerales o medio minerales, betúmenes o jugos de la tierra.» Y el artículo 1.º del Título 4.º señala: «Pero las minas son propias de mi real corona por su naturaleza y por su origen. Sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en posesión y propiedad, de tal manera que las puedan vender, permutar... Pero esta concesión se entiende bajo de dos condiciones: la primera, que han de contribuir a mi real hacienda por una parte de sus metales...» Así, pues, el origen regalista está claro; y si bien en el territorio patrio no tuvieron gran aplicación respecto del petróleo por razones geológicas, sí en cambio en las posesiones españolas de América. Esta legislación se completó —y perdidas las Colonias se constituyó en régimen básico— por las disposiciones de 1898 que establecieron un impuesto transitorio sobre el petróleo importado; en 1900 quedaron los productos petrolíferos de importación sometidos únicamente a los derechos aduaneros, y por Real Decreto de 28 de junio de 1927 se creó el Monopolio de Petróleos (C. A. M. P. S. A.), que con las modificaciones de las Leyes de 17 de julio y 27 de diciembre de 1947 continúa vigente en la actualidad.

Así, pues, en su origen y en su regulación actual, las dos figuras son dos monopolios, según se observa de la evolución histórico-legal.

B) *La posición francesa.*

Así como en España la gestión interesada enlaza directamente con la doctrina de los *iura regalia*, muy otra fué la posición francesa.

En efecto, la figura de la gestión interesada nació en el país vecino, no de los antiguos monopolios o regalías, sino del convenio suscrito por la ciudad de París con M. ROULAND en 29 de julio de 1907 para el abastecimiento de gas de dicha población.

El nacimiento obedece a una circunstancia concreta, como ya antes indicábamos: el deseo por parte de la Administración de participar en los considerables beneficios que producía la explotación del servicio de gas —y de los posteriores servicios que se organizaron en forma de gestión interesada—, sin someterse a los riesgos que el complejo e intrincado sistema de su explotación significaba. También parece claro que no fué extraña a la creación de esta figura la aspiración por parte de la Administra-

ción de obtener ingresos fuera del rígido control presupuestario. Así, pues, una doble consideración —práctica y financiera— dió origen a la institución que estudiamos en Francia (83).

C) *Resultado del examen de ambas posiciones.*

De lo anteriormente expuesto resulta con claridad que, tanto por su origen como por su regulación legal, los casos citados del Monopolio de Petróleos y el de Tabacos son verdaderas regalías. Pero la cuestión no es precisamente ésta, sino verificar si los citados monopolios son o no susceptibles de las determinaciones propias de la gestión interesada, cuestión que se examina inmediatamente.

D) *Posibilidad de aplicación del sistema de gestión interesada al derecho administrativo español.*

Anteriormente quedó indicado que las dos figuras de monopolio consideradas muestran su directo entronque con los *iura regalia*; pero, por sucesivas modificaciones, el sistema primitivo puro se desvirtuó hasta el punto de que, tal como se encuentran organizados hoy, rebasan ya aquel esquema.

La cuestión se reduce en concreto a lo siguiente: 1.º Si las figuras reúnen las características admitidas para la gestión interesada; y 2.º Si les será aplicable el molde jurídico de tal institución.

Al primer punto la contestación ha de ser afirmativa. En efecto, ambos monopolios reúnen las características que hemos asignado a la gestión interesada y que vamos brevemente a considerar, comparando las notas de ésta con la regulación legal de aquéllos.

α) «Institución nacida de un contrato.» Nota recogida en el Monopolio de Petróleos en los artículos 2.º y 3.º del Real Decreto de 28 de junio

(83) En realidad, la Administración se asegura con la gestión interesada una importante participación en los beneficios de explotación, a cambio de la asunción de los riesgos por debajo del mínimo prefijado. Es cierto que, en base a esta asunción, se reserva un importante control; mientras que, por las materias y por la forma en que se realiza la gestión —en la que es racionalmente muy difícil que se produzca el riesgo—, dicha asunción viene a convertirse en puramente teórica.

de 1927; y en la regulación de la Tabacalera, en la Ley de Bases de 18 de marzo de 1944.

b) «En virtud del cual el gestor —persona física o jurídica— con personalidad propia...» Al estar gestionadas ambas figuras por una compañía organizada en la forma de sociedad anónima (Petróleos, artículos 5.º *ad finem*, y 6.º: ...sociedad constituida en legal forma y que revestirá concretamente la de anónima..., del Real Decreto de 28 de junio de 1927, y artículo 3.º de la Ley de 17 de julio de 1947; Tabacalera: compañía constituida en legal forma —base 7.ª del Decreto de 31 de mayo de 1944— y artículos 1.º y 3.º del Decreto de 3 de febrero de 1945: ...adoptará la forma de sociedad anónima...), se supone la existencia de personalidad a que anteriormente aludíamos.

Y, a su vez, se da otro de los requisitos ya precisados: que la personalidad jurídica es la del gestor, que continúa subsistiendo después del acuerdo contractual de creación, *sin que se cree una nueva personalidad jurídica, como sucede en las sociedades de economía mixta.*

c) Organización empresarial del mismo gestor; nota determinante del concepto de gestión interesada y que se da en estas dos figuras por ser precisamente sociedades anónimas.

d) Desarrollo de un servicio público (entendido, como ya indicamos, en un sentido lato), que queda configurado por la prestación a los administrados de los productos propios de ambos tipos monopolísticos.

e) Mediante una retribución que se fija entre un tope mínimo y otro máximo y determinada en el contrato constitutivo. Es conveniente aclarar que la retribución que consideramos como básica para definir el concepto es la del gestor, no la de la Administración.

Y así, en el Monopolio de Petróleos el mínimo viene fijado por el artículo 13 de la Ley de 17 de julio de 1947, que atribuye el 4 por 100 del producto líquido de la renta a las acciones representativas del capital privado y el 0,25 por su gestión recaudadora de impuestos sobre productos monopolizados que se recauden. Este límite mínimo viene garantizado por el párrafo 2.º de dicho artículo, que establece que, caso de que no sean suficientes los ingresos para asegurar ese 4 por 100, se completará en la cantidad necesaria con cargo a los productos de la Renta, es decir, con cargo a la Administración. El máximo se establece en el artículo 14 de la misma Ley, limitando la ganancia cuando el producto líquido exceda

del 8 por 100 del capital social, al atribuir a la Administración el 50 por 100 de dicho excedente.

En el Monopolio de Tabacos, el Decreto de 3 de marzo de 1945 establece —aparte de las comisiones que atribuye la cláusula V, 1), a) y b)— en la cláusula IV, 2), que verificados los pagos de todo género de cuenta de la compañía y, constituidas las reservas legales, se separará, de los beneficios anuales, la cantidad necesaria para asignar hasta un 6 por 100 del interés al capital total de la compañía. En el caso de que algún año no haya podido obtenerse dicho 6 por 100 por cualquier causa, el complemento necesario se acumulará a los beneficios repartibles del año o años siguientes (IV, 3). Pero se garantiza siempre por la Administración sobre dichas cantidades el mínimo del 3 por 100 de interés para las acciones representativas del capital privado (cláusula V, 4).

El máximo viene determinado por la distribución que, respecto al exceso sobre dicho 6 por 100 que se obtenga, dispone el apartado 4) de la cláusula IV, atribuyendo dos tercios al Estado y un tercio para la compañía, si no excede del 4 por 100 del capital y las reservas computadas en la forma que se señala. Cuando el tercio exceda del 4 por 100, las dos terceras partes del exceso aumentarán la participación del Estado.

f) «Corriendo los riesgos por debajo del tope mínimo por cuenta de la Administración, con carácter exclusivo.»

Requisito que igualmente se da en ambos Monopolios; no otra cosa significa la garantía del mínimo que antes hemos estudiado y que implica que, cuando los productos obtenidos por la explotación de la empresa no sean suficientes para asegurar el interés del capital del gestor, asumirá el riesgo la Administración.

Por tanto, de este examen comparativo resulta que ambas figuras reúnen los requisitos de la gestión interesada.

En cuanto a la segunda pregunta antes formulada, es decir, si le será aplicable a dichas figuras el molde jurídico de la gestión interesada, hay que responder afirmativamente también. Es indudable que la institución se ha perfilado en España en base a diferentes supuestos de los que determinaron su nacimiento en el derecho francés; pero una vez configurada y correspondiendo exactamente su esquema al señalado por la posición doctrinal indicada, sólo ventajas pueden resultar de encuadrar dos casos ayunos de consideración administrativa y cuyo debido encaje institucional ha de favorecer indudablemente la operancia de su concepción.

E) *Un camino interesante: el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.*

Una posibilidad interesante, que puede abrir amplios horizontes a la institución que estudiamos, es el citado Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales.

A efectos prácticos, tiene el gran interés de ser la primera vez que, con carácter general y dentro del marco de las disposiciones legales, se abre cauce a la gestión interesada.

El supuesto se puede encuadrar dentro del sistema de concierto que se examina en la Sección 4.ª del Capítulo V del Reglamento (arts. 143 al 147), que se refiere a la gestión indirecta de los servicios.

El término de «concierto» que encabeza la Sección 4.ª es demasiado amplio, dando cabida a diversas modalidades de gestión, una de las cuales *puede ser* la gestión interesada, como vamos a ver.

El artículo 143 establece que las Corporaciones Locales podrán prestar los servicios de su competencia mediante concierto (!) con otras entidades públicas o privadas y con los particulares, utilizando los que unas u otros tuvieren establecidos, sin que el concierto origine una nueva persona jurídica entre los mismos.

Aquí se encuentran tres caracteres de los que hemos asignado a la gestión interesada: 1) prestación de un servicio; 2) utilización de una organización ya existente; 3) conservación por el gestor de su personalidad jurídica, sin que el «concierto» suponga la creación de otra nueva.

El artículo 146 establece el pago de los servicios en un tanto alzado inalterable, ya de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, ya por unidades a precio fijo. Esta forma de remuneración, al establecer una participación de la Administración en la forma señalada, supone la clase de remuneración característica de la gestión interesada —con su límite máximo— a que antes aludíamos en la definición de la institución.

Los artículos 144, 145 y 147, sin interés desde nuestro punto de vista, establecen una limitación temporal, una regla de carácter espacial y una prohibición, respectivamente.

Para que quedase totalmente definida la gestión interesada en los artículos comentados falta un solo requisito esencial: la asunción del riesgo por debajo del mínimo establecido por cuenta de la Administración. Pero

al no establecerse ninguna prohibición de este tipo (la única limitación la señala el art. 147 en base a un criterio de competencias), se abre la posibilidad en la citada regulación de los conciertos a la admisión de la forma de gestión interesada en los términos en que se ha estudiado, que cuenta con precedentes en la organización y funcionamiento de alguno de los servicios públicos municipales en diferentes países, y en Francia concretamente.

Estimamos que, por su novedad y por la amplitud de su regulación, el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales abre un amplio cauce a la figura que venimos considerando.

F) *Conclusiones.*

Con esto terminamos este breve estudio de una de las instituciones que, a no dudar, ofrece amplias perspectivas en nuestro derecho. No hemos pretendido hacer un estudio exhaustivo, que habría resultado muy difícil a causa de la falta de materiales doctrinales y de la imprecisa formulación legislativa de los casos de nuestro derecho. Lo que hemos pretendido es llamar la atención sobre una figura descuidada por la casi totalidad de la doctrina, a la vez que rectificar algunas exageraciones notorias en las formulaciones de los autores, debidas, en gran parte, a un estudio demasiado detallista de las figuras en las que cristalizaba la institución.

Señalaremos que en esta materia —como en tantas otras— parece ser la legislación local la que ha dado el primer paso, favoreciendo soluciones que posteriormente puedan tener acogida en la regulación jurídica de la Administración Central. En el Reglamento de servicios se encuentra, como ya hemos dicho, abierto un camino interesante para dar un más amplio desenvolvimiento a la gestión interesada; siendo de desear que, por su influencia, sea admitida con formulación general por la Administración pública y en base a un supuesto más amplio que los ya examinados Monopolios de Petróleos y Tabacos, que, si bien recogen la institución, no lo hacen con demasiadas amplitud y precisión realmente. Podemos terminar el trabajo con una frase de uno de nuestros más conocidos juristas, que es perfectamente aplicable al caso: La gestión interesada no debe ser receptáculo de antiguas formas, sino molde generoso para variedad de soluciones correctas.

JURISPRUDENCIA

