

CREDITO OFICIAL Y ACCION CONCERTADA: POSIBILIDADES REVISORAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES: 1. *Las sentencias de 3 y 16 de diciembre de 1969* (Sociedades constructoras de buques *versus* Banco de Crédito a la Construcción): 1.1. El planteamiento de la litis. Carácter del crédito oficial. 1.2. Naturaleza del acto denegatorio. Carácter administrativo. Contenido discrecional o reglado. 1.3. Sistema de recursos. 1.4. El problema de la actual configuración de las EOC como Sociedades mercantiles. 2. *La sentencia de 10 de junio de 1970* (Papelera ISA *versus* Ministerio de Industria): 2.1. El planteamiento de la litis. 2.2. Razonamientos del Tribunal Supremo. 2.3. Acción de concierto en las Industrias del Papel: Normativas y procedimiento. 2.4. Problemática concreta suscitada por este fallo.

I

INTRODUCCIÓN

Entre los múltiples y cada vez más inabarcables sectores en que el Derecho administrativo va interfiriendo —la *explosiva* legislación administrativa de que nos hablara WOLFF—, una de las parcelas que progresivamente emerge con mayor consistencia es la del Derecho económico, que, generado como un simple apéndice del Derecho privado (1), se ha desenvuelto expansivamente a raíz de la ininterrumpida y cada vez más voraz penetración pública en las relaciones económicas hasta convertirse en una disciplina que, si bien no puede pretender una autonomía científica, goza, al menos, de un entramado institucional netamente diferenciado.

El Derecho juega, en este contexto, el papel de proporcionar, como ha escrito FROEHLER (2), los presupuestos normativos y la apoyatura

(1) Cfr. BADURA: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, en la obra colectiva "*Besonderes Verwaltungsrecht*", Berlín, 1970, p. 239.

(2) FROEHLER: *Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, Viena, 1969, página 7. Para BADURA el Derecho Administrativo Económico comprende las normas a través de las cuales el Estado influye en la dirección y promoción del proceso económico, ordenando, conformando y prestando servicios; véase el trabajo de este autor citado en la nota anterior. En la doctrina alemana se nota una cada vez más acusada preocupación por estos temas. Cfr. RINCK: *Wirtschaftsrecht*, Berlín, 1963. KLEIN: *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968. Ya en 1954 se ocupó la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público del tema, y en este sentido, SCHEUNER-SCHUELE: *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*, tomo II de sus publicaciones. En la actualidad la dogmática quiere replantearse buena parte de las instituciones jurídico-públicas ante el creciente intervencionismo estatal, como lo demuestra el tema de la reciente reunión de la Asociación aludida: *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*.

instrumental que sirva de cauce para articular empíricamente las distintas opciones y objetivos de la política económica.

En España la doctrina, si bien existen empeños pioneros (3), sólo recientemente ha intensificado sus preocupaciones por estos temas y se ha ocupado de dotar de un esqueleto aglutinador a toda la normativa existente (4), tarea ésta muy importante si se quiere asimilar con un cierto rigor científico todo el material que diariamente arroja el *Boletín Oficial del Estado* y que, además, puede servir de crisol donde perfilar y contrastar las depuradas técnicas de la parte general que una paciente y brillante dogmática ha elaborado.

Como disciplina ha empezado ya a introducirse con cierta generalidad en los nuevos planes de estudios, especialmente en los de las Facultades de Ciencias Económicas, siguiendo la tónica de otros países donde los planes se inscriben también en la órbita de estas preocupaciones, como he expuesto para Alemania recientemente en otro lugar (5).

Entre toda esta amplia problemática no pasará inadvertido que uno de los temas más preocupantes para el hombre de Derecho debe ser el de la fiscalización y domeñamiento de los actos dictados por las autoridades económicas que tienen una especial vocación por convertirse en una zona exenta, de signo tecnocrático, con lo que se corre el riesgo de instaurar un nuevo reducto incontrolado, en el momento que ha sido prácticamente superada la doctrina y la práctica del acto político.

Aun reconociendo que muchos de los temas que rozan con la Administración económica se desenvuelven en la esfera de lo no jurídico, en el sentido que a la expresión de ENGISCH (6), entiendo que al jurista corresponde diseccionar las concretas intervenciones para tratar de restringir al máximo las esferas y poderes exentos.

Incidir en estas apreciaciones de tipo general desbordaría el carácter de este trabajo, que, más humildemente, quiere centrarse en el análisis de cómo nuestra jurisprudencia ha resuelto ya algunos supuestos litigiosos que, sin temor, pueden ser calificados como de los más espinosos de entre los muchos que el Derecho administrativo económico suscita.

Tal ocurrió con las sentencias de 3 de diciembre de 1969 (A. 5613), 16 de diciembre de 1969 (A. 6038) y de 10 de junio de 1970 (A. 3372).

(3) COLMEIRO: *Historia de la economía política en España*, reed. Madrid, 1965.

(4) En este sentido deben citarse, aparte las monografías existentes, A. GUAITA: *Derecho Administrativo Especial*, tomos III y IV, Zaragoza, 1967. GARCÍA-TREVIJANO: *Aspectos de la Administración económica*, núm. 12 de esta REVISTA, pp. 11-76. BAENA DEL ALCÁZAR: *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, 1966, y más recientemente el libro de MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO: *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1970.

(5) Cfr. mi trabajo *Los estudios de Derecho público en Alemania: problemática actual*, en el núm. 67 de esta REVISTA, y las remisiones bibliográficas que allí se hacen.

(6) ENGISCH: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1964. Sobre la revisión jurisdiccional de los actos de la Administración económica vid. el libro, ya clásico, de EHMKE: *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe, 1961.

Las dos primeras se cobijan bajo un mismo epígrafe por versar sobre temas similares. La última es tratada separadamente por plantear una problemática en cierto modo diferente y más amplia.

II

LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

1. *Las sentencias de 3 y 16 de diciembre de 1969* (sociedades constructoras de buques *versus* Banco de Crédito a la Construcción).

1.1. *El planteamiento de las "litis". Carácter del crédito público.*

La cuestión se centra en la petición que formularon dos empresas determinadas al Banco de Crédito a la Construcción solicitando cobertura financiera pública para proceder a la construcción de buques petroleros.

Como se sabe, el Banco de Crédito a la Construcción era, a la sazón, un organismo autónomo *apátrida* (7), excluido, por tanto, de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y regulado especialmente por el Decreto-ley de 29 de noviembre de 1962, constituyendo una de las entidades crediticias inscritas en el proceso nacionalizador desplegado en 1962.

Ante la negativa a la concesión pronunciada por el Banco, las empresas recurren en alzada ante el Ministerio de Hacienda por entender que es el Departamento ministerial bajo cuya tutela se encuentran las entidades crediticias oficiales; el Ministerio de Hacienda se declara incompetente, sin llegar, por tanto, a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues "siendo de la exclusiva competencia del citado Banco resolver acerca de lo solicitado por esa Sociedad... resulta improcedente que este Ministerio entre a conocer la cuestión planteada, ya que las normas legales que regulan el funcionamiento del Banco de Crédito a la Construcción permiten que éste pueda recibir instrucciones de carácter general con respecto a sus operaciones, pero no que se le puedan cursar para una operación concreta, lo cual se opondría evidentemente a la naturaleza y funciones que tiene atribuidas" (8).

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, éste lo desestima, ratificando la línea argumental del Departamento ministerial y aceptando la excepción de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, que entiende que el acto recurrido ante el órgano jurisdiccional contencioso es de carácter privado, lo que impide que éste pueda entrar en su conocimiento por venir así preceptuado en el

(7) Terminología esta de GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II. Madrid, 1967, p. 820.

(8) Sentencia de 3 de diciembre. En análogos términos, la del día 19.

apartado a) del artículo 2.º de la Ley Jurisdiccional (“las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria...”).

Sobre el juego de razonamientos utilizado por el Tribunal Supremo en estas sentencias conviene realizar ciertas puntualizaciones, pues plantean temas cruciales de un indudable futuro y de un alto interés teórico y práctico, si se tiene en cuenta el ámbito cada vez mayor de particulares a los que afecta.

Por razones metodológicas no parece sea éste marco adecuado para abordar toda la problemática jurídica y económica que el crédito oficial suscita. Recordemos tan sólo que el crédito público contribuye “con carácter estratégico a la formación de capital en aquellos sectores que, de acuerdo con los criterios planificadores, sean considerados de mayor interés, ya sea éste económico o social” (9); desde una perspectiva jurídica se trata de una actividad económica asumida por el sector público (10) y gestionada —al menos en el momento en el que se planteó el tema objeto de la litis— por entes públicos con personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado.

El *iter* procedimental que estos fondos públicos siguen o al menos seguían desde su recaudación por el Estado hasta el momento en que el empresario solicitante podía contabilizarlos en el activo de su patrimonio es el siguiente: 1) Fijación por el Gobierno de la cifra global de los recursos que se asigna al Instituto de Crédito controlador de las Entidades Oficiales de Crédito, cantidades que a su vez son recaudadas a través de la emisión de “cédulas para inversiones”; 2) distribución que el Instituto efectúa entre las EOC en función de sus propias disponibilidades; 3) concesión de créditos a las empresas que lo solicitan, y 4) formalización concreta a través de contratos mercantiles de los créditos solicitados (11) (12).

1.2 *Naturaleza del acto denegatorio. Carácter administrativo. Contenido discrecional o reglado.*

Desde una perspectiva jurídica no cabe duda que las relaciones *ad extra* que estos organismos públicos financieros despliegan constituyen operaciones privadas, lo que es característico, por lo demás, de todas las empresas públicas que, en consonancia con su calificativo de empresa, han de desenvolverse conforme a los cauces marcados por el

(9) F. ESTAPÉ: *Crédito oficial* (vol. col.), Madrid, 1971, p. 273. Puede verse también GALÁN Y GALINDO: *Estructura del sistema crediticio español*, Madrid, 1968. MERLO CALVO: *El crédito en España*, Madrid, 1970: *En torno al crédito oficial*, ed. de “España Económica”, núms. 3.659 y 3.660. ROS HOMBRAVELLA: *Reflexiones en torno al crédito oficial*, en “España Económica”, núms. 3.619 y 3.620. Muy recientemente, MARTÍNEZ CORTIÑAS: *Crédito y Banca en España. Análisis y estructura*, Madrid, 1972.

(10) MANZANEDO, HERNANDO Y GÓMEZ REINO: *Curso de Derecho Administrativo Económico*... cit., pp. 539 y ss. BAENA DEL ALCÁZAR: *Régimen jurídico*..., cit., pp. 293 y ss.

(11) R. MARTÍN MATEO: *Administración monetaria*, Madrid, 1968, pp. 139 y ss.

(12) En la nueva Ley del Crédito oficial, de 19 de junio de 1971, la dotación global del Tesoro al crédito público será fijada en las Leyes de Presupuestos, con lo que se articula una pequeña intervención del órgano legislativo, antes inexistente.

ordenamiento común (13). En consecuencia, la materialización del actuar de la Banca pública se realiza a través de típicos contratos de préstamo regulados y conocidos en la legislación mercantil.

Sin embargo, y esto lo ha olvidado el Tribunal Supremo, una cosa es que la relación Banco-prestatario se haga a través de un cauce instrumental privado y otra es el acto previo de admisión o denegación del Banco a proceder a la puesta en marcha del posterior instrumental privado.

Se trata, por tanto, de dos momentos. En primer lugar, el Banco al que se dirige la solicitud acepta o no conceder el crédito demandado; en segundo lugar, y una vez se ha pronunciado afirmativamente, su declaración de voluntad se instrumenta por medio de un contrato cuya vida posterior va a venir regulada por la tradicional normativa jurídico-privada: la génesis del contrato se produce por un acto público, el contrato mismo es de naturaleza privada con todas las consecuencias de régimen jurídico que ello conlleva. Como ha escrito MARTÍN MATEO, "el acto de la concesión del préstamo, aunque posteriormente dé lugar a un contrato de naturaleza privada, es intrínsecamente público, ya que tanto los fondos utilizados como las condiciones impuestas para su manejo tienen tal carácter, no siendo lógicamente admisible que estos fondos puedan ser aplicados libremente por las entidades correspondientes sin sujeción a más responsabilidad que la de carácter interno administrativo y sin dar defensa alguna a los interesados" (14). En la doctrina italiana NICRO distingue también entre una fase de deliberación en torno a la concesión del crédito a favor de un sujeto, tarea esta que se inscribe en el actuar público, y una fase contractual de constitución de la relación entre las partes que tienen naturaleza privada (15).

En los supuestos concretos que nosotros examinamos se trataba, pues, de típicos actos administrativos, calificación esta que resulta obvia, consecuente con lo que se ha expuesto y que viene avalada además por reunir éstos sus notas más características: unilateralidad, no normatividad, origen administrativo (16).

Desde el punto de vista de su carácter discrecional o reglado, debe señalarse que, en la mayoría de los casos, se tratará de un acto discrecional, pues al Banco prestamista tienen que asistir amplias facultades que le permitan, con sus valoraciones, sintonizar con la coyuntura eco-

(13) Vid. mi libro *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1972, y la bibliografía allí citada. GIANNINI: *Actividades económicas públicas y formas jurídico privadas*, en el vol. col. "La empresa pública", Madrid, 1970, p. 103.

(14) R. MARTÍN MATEO: *Administración monetaria...*, cit., p. 140, lo que recogen MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO en *Curso...*, cit., pp. 539 y ss., y S. MARTÍN RETORTILLO: *La disciplina publicística del crédito*, Actas del Congreso de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Venecia, Padova, 1970, p. 140.

(15) M. NICRO: *Profili publicistici del credito*, Milán, 1969, p. 58 (aparecido también en las Actas del Congreso citado en nota anterior).

(16) R. MARTÍN MATEO: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, pp. 257 y siguientes. Aunque con alguna diferencia, GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970, pp. 405 y ss. y los manuales al uso.

nómica general o con la especial del sector al que la apoyatura financiera concreta vaya dirigida.

En otras ocasiones, sin embargo, la entidad crediticia oficial se verá obligada a actuar con un escaso margen de apreciación, configurándose entonces su pronunciamiento con un carácter reglado; tal ocurre cuando la empresa solicitante se encuentra enclavada en un área geográfica definida por la Administración como "polo de desarrollo" o pertenezca a un sector declarado prioritario o esté beneficiada por su inclusión en una acción de concierto. En tales casos y una vez constatados por la institución crediticia los extremos que se alegan, la concesión debe desencadenarse con un carácter prácticamente automático (17).

1.3 *Sistema de recursos.*

En cualquier caso, el acto denegatorio podrá ser recurrido en alzada ante el Ministerio de Hacienda y su decisión revisada, en último extremo, por la Jurisdicción Contencioso-administrativa; examen jurisdiccional este que debe obviamente contraerse a la legalidad sin proceder al enjuiciamiento de su oportunidad, valoración esta que no parece deba tener, en buena ortodoxia, atribuida al Juez administrativo. Podrán ser utilizadas, en consecuencia, todas las técnicas de control de la Administración de fomento que contienen tan amplias, como inéditas, consecuencias (18).

Por todo ello, pienso que en el supuesto objeto de la litis el Tribunal Supremo debió entrar, sin timidez, a conocer el fondo del asunto, superando los obstáculos procedimentales opuestos por el Ministerio de Hacienda y el Abogado del Estado y pronunciarse acerca de la legalidad de la conducta mantenida por la Administración. El Tribunal Supremo, sin embargo, decidió optar por la vía menos dificultosa, lo que puede justificarse si se piensa que se trata de materias novísimas, aferrándose a la calificación de inadmisibilidad del recurso, ofrecida por el órgano demandado.

1.4 *El problema de la actual configuración de las EOC como sociedades mercantiles.*

Esta línea argumental que aquí se postula en relación con las dos sentencias comentadas habrá de ser sensiblemente matizada si se quiere resolver de una forma progresiva futuros conflictos que puedan presentarse a partir de la aprobación y publicación de la nueva Ley de Crédito Oficial de 19 de junio de 1971.

Como se sabe, de entre las modificaciones por ella introducidas destaca especialmente la nueva vestidura jurídica de los Bancos oficiales:

(17) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El acceso preferente al crédito oficial*. Comunicación presentada al Congreso citado en nota 14, *ibíd.*, pp. 283 y ss.

(18) L. MARTÍN RETORTILLO: *El "genio expansivo" del Estado de Derecho*, en el núm. 47 de esta REVISTA.

de personas públicas—Organismos autónomos— se han convertido en sociedades privadas de capital público.

¿Se podrán seguir considerando sus actos técnicamente como actos administrativos a pesar de su procedencia privada?

El escollo parece difícil de salvar si se piensa que no resulta normal que puedan interponerse recursos ante autoridades administrativas por actos dictados por personas privadas. El problema, como puede comprenderse, es importante y puede tener repercusiones prácticas extremadamente graves. Imaginemos que una empresa X ha sido admitida por la Administración en una acción de concierto; en el acta concreta que la Administración y empresas firman se reconoce a éstas la facultad de financiar con crédito público el 50 por 100 de sus nuevas instalaciones industriales. Sin embargo, en el momento de acudir al correspondiente Banco oficial con el fin de instrumentar convenientemente el contrato, se encuentran con la negativa de la entidad crediticia.

¿Debe encontrarse inerte el particular ante esta situación? Compulsado el ordenamiento español, resulta complejo articular algún sistema de control público.

Sin forzar mucho las cosas, podrían, sin embargo, intentarse dos cauces. El primero debe centrarse en conceptuar al Banco como gestor de un servicio público, en cuyo caso aunque naturalmente realicen actos mercantiles “sobre ellos se superponen los principios generales de los servicios públicos... —de forma que— las cuestiones referentes a la vigilancia de la Administración sobre la empresa, para que respete los principios de generalidad e igualdad ante el servicio son *actos administrativos*” (19), lo que ha reconocido ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 31 de enero de 1935 y 21 de mayo de 1960 (20) (21).

La segunda posible solución, más indirecta y que además viene a reforzar lo hasta aquí mantenido, consistiría en exigir la responsabilidad que por el funcionamiento anormal de un servicio público establece la

(19) CARRETERO PÉREZ: *La teoría de los actos separables*, en el núm. 61 de esta REVISTA, p. 95. Véase con carácter general E. RIVERO YSERN: *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969.

(20) Cit. por CARRETERO, *ibid.* GARCÍA-TREVIJANO señala que “la realidad económica que se encierra detrás de las formas de organización jurídicas debe prevalecer sobre éstas en algunos casos concretos y sobre todo que la forma jurídica no puede servir de pantalla o velo para hacernos olvidar totalmente la realidad que se esconde detrás”. *Concepción unitaria del sector público*, en el vol. col. *La empresa pública*, Madrid, 1970, página 80.

(21) La jurisprudencia francesa en materia de concesionarios de servicios públicos ha reconocido que muchas veces sus actos son administrativos. *Vid. CHARLES: “Actes rattachables” et “Actes détachables” en Droit Administratif français*, París, 1968, p. 72, y jurisprudencia citada en nota 141. Según NICRO, constituye problema de difícil solución establecer las mismas conclusiones—se refiere a las que se remite la nota 15 de este trabajo— si se trata de personas privadas; a reconocer la existencia de tales vínculos podría llegarse considerando que la posibilidad para los sujetos privados de suministrar financiamiento público no puede ser conferida, en virtud de las características de tales canales de financiación, más que con el cumplimiento de las mismas condiciones que vinculan a los sujetos públicos, sobre todo el respeto al principio de imparcialidad. *Cfr. Profili...*, cit., p. 61.

Ley de Expropiación Forzosa cuyo artículo 123 preceptúa que “cuando se trate de servicios públicos concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla..., resolución esta que dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso” (22).

Si el Tribunal Supremo no se decide a utilizar estas técnicas en esta materia y continúa manejando la remisión indiscriminada y en bloque al Derecho privado, quedarán inmunes a la revisión jurisdiccional decisiones que cada día, por su especial impacto, van a tener un círculo de destinatarios más dilatado.

2. *Sentencia de 10 de junio de 1970 (Papelera ISA versus Ministerio de Industria).*

2.1 *El planteamiento de la litis.*

El tema aquí debatido puede resumirse en los siguientes puntos:

Al amparo de la legislación del Plan de Desarrollo y su posterior normativa ejecutoria, varias empresas pertenecientes al sector “Papel y derivados” solicitaron acogerse al sistema de la Acción concertada con la Administración, lo que las irrogaba evidentes ventajas económicas que les permitían afrontar con un sólido punto de apoyo sus proyectadas reformas empresariales.

Posteriormente las empresas solicitantes reciben una Orden comunicada del Ministerio de Industria en la que se les señala que “si la empresa renuncia formalmente, y por el momento, a la obtención del crédito oficial, se podría proceder a la formalización de actas de concierto en las que constasen los restantes beneficios, siempre que los proyectos hubiesen obtenido un informe favorable... —pues— las empresas que no renuncien a la obtención de crédito oficial quedarán sus solicitudes pendientes de resolución en la Dirección General de Industrias Químicas, en espera de que las circunstancias permitan la propuesta de la concesión del beneficio de crédito oficial”.

Sin embargo, poco tiempo después una de las empresas solicitantes suscribe con la Administración, en cuya representación actuaba el subsecretario de Industria, acta de concierto, otorgándosele en la cláusula quinta “crédito oficial por el 50,82 por 100 del importe de las ampliaciones y nuevas instalaciones... en las condiciones establecidas por las disposiciones vigentes para los créditos que el Banco de Crédito Industrial otorgue a las industrias enclavadas en Polos de Desarrollo aplicables por Orden ministerial de Hacienda de 23 de julio de 1966 a las empresas acogidas a los beneficios del Campo de Gibraltar”; a las demás

(22) Véanse las consideraciones que hace GARCÍA-TREVIJANO en *Concepción unitaria...*, cit., pp. 95 y ss.

empresas en el momento de presentar el recurso no se les había concedido cantidad alguna.

Interpuesto recurso de reposición ante el Ministerio de Industria, y una vez se produjo su tácita desestimación, los recurrentes acuden al Tribunal Supremo, quien declara inadmisibile el recurso, alegando falta de “interés directo”.

2.2 Razonamientos del Tribunal Supremo.

La línea argumental empleada en la sentencia viene contenida en su considerando quinto, cuyo tenor es el siguiente :

Que ciertamente todas las sociedades aludidas, incluida CSA, al amparo de las normas precitadas, solicitaron acogerse a los beneficios de la acción concertada y recibieron la comunicación de la Dirección General de Industrias Químicas de 27 de junio de 1966, invitándoles a renunciar de momento al crédito oficial, obteniendo en cambio los demás beneficios, si bien también quedaba subordinado a que “los proyectos hubieren obtenido un informe favorable”, y claro es de haberse seguido con todas el criterio de dicha Orden comunicada, faltaría el interés actual para deducir pretensión de obtención de créditos, por cuanto la coyuntura económica no permitiría de momento su concesión y no habría sino un derecho potencial o futuro (de encontrarse en las condiciones favorables los proyectos para ser informados de conformidad) a tal otorgamiento: ahora bien, ha sido la concesión del crédito oficial a una sola de las empresas lo que ha movido, por razones de ilegalidad, de un lado, y desigualdad de trato, de otro, con repercusión competitiva en el mercado del sector del papel y derivados, a deducir la acción, sin duda con la creencia de que el crédito otorgado a C. podía haberse repartido entre los demás al no discriminar las leyes y disposiciones a cuyo amparo se pidieron los créditos, características especiales de determinadas empresas; sin embargo, hay datos decisivos que animaron a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos a efectuar el otorgamiento del crédito a la referida sociedad, con preferencia a los demás, cuales son : A) Que el desplazamiento de la industria había de ser en Algeciras, dentro de la jurisdicción del Campo de Gibraltar —cuyo desarrollo económico y social ha sido y es objeto de protección especial, como es notorio— circunstancia *de facto* que no se ofrece al parecer en las demás empresas peticionarias; B) Que la dispensación del crédito —como aparece en el acta de concierto— tiene como contrapartida una serie de obligaciones por parte de la mencionada C. que quizá —pues no están aportados los expedientes de las demás— no concurren en las otras; C) Pero, a mayor abundancia, la motivación del otorgamiento del crédito —no se olvide, siempre dentro del campo de la acción concertada, como lo dice abiertamente la co-

municación del Ministro de Hacienda al de Industria con relación a C.— no lo fue por discriminar a dicha entidad mercantil, sino, como argumenta la Orden de 23 de julio de 1966, obrante al folio 68 del expediente administrativo, *por extenderse a la misma, atendiendo su emplazamiento, la aplicación de los beneficios sobre créditos a industrias del Plan Jaén; es decir, no se trata de un privilegio en particular dispensado a la referida empresa, puesto que cualquier industria de las acogidas al Plan Jaén y, por extensión, a las enclavadas dentro del Plan Badajoz, Campo de Gibraltar y provincia de Guinea, tienen oportunidad de verse protegidas con el crédito oficial, cuyas concesiones se realizarán con cargo a la autorización por el concepto "industrias" enclavadas en Polos de Promoción y Desarrollo, como reza la reseñada Orden.*

El Tribunal Supremo, tras estos razonamientos, se pronuncia por la inadmisibilidad del recurso, como ha sido adelantado, en base a los siguientes argumentos:

Que sentado lo expuesto en el precedente ya puede colegirse que el motivo de concurrencia de las sociedades o impugnantes a la petición de créditos y demás beneficios que reporte la acción concertada, y el hecho de haberse otorgado a C. y no a las restantes, está lejos de suponer perjuicio a las sociedades mercantiles accionantes, en el sentido que su otorgamiento se hará deferido y legítimamente, puesto que quien podría verse con dicho perjuicio serían las que, encontrándose en las mismas condiciones, no hubieran sido favorecidas; es decir, tan sólo tendrían referido perjuicio y, por ende, contarían con legitimación para impugnar la dispensación de crédito a C. cualesquiera de las que, tras el informe favorable de la Dirección General de Industrias Químicas y demás Organismos que han de dictaminar de conformidad los proyectos presentados, sean las industrias acogidas al Plan Jaén, o a los de Badajoz, Campo de Gibraltar, Tierra de Campos y provincia de Guinea, a que alude claramente la Orden comunicada al Presidente del Instituto a Medio y Largo Plazo por el Ministerio de Hacienda en 23 de julio de 1966; no hay, por tanto —o al menos no se ha justificado en ninguna de las sociedades pretendientes—, interés actual ni perjuicio directo en las mismas en la manera indicada, es decir, encontrarse en las condiciones expuestas alguna de las accionantes que haga factible su aceptación como legitimantes en este proceso; todo lo más, un interés tan remoto y mediato como lejano, por cierto en providencia de resolución al entonces, lo que no ha supuesto negativa definitiva a su petición de crédito, suspendida sólo "de momento" por la coyuntura económica, que, desde luego, en aras a la doctrina jurisprudencial al principio reseñada, no les imprime en la necesaria intensidad y fuerza operante el carácter legitimador suficiente para pretender cuanto suplican en la demanda, de ahí que, siendo más bien un interés a la legalidad, haya de ser acogida

la causa de inadmisibilidad del artículo 32-B, en relación con el 28-1, a), de la Ley Jurisdiccional, patrocinada por el Abogado del Estado.

2.3 *Acción de concierto en las industrias del papel. Normativa y procedimiento.*

El régimen de la Acción Concertada, que, según es sabido, fue introducido en el Ordenamiento español con la puesta en práctica de la moderna normativa planificatoria a partir de 1962 (23), significa, en términos generales y sin pretensiones definitorias, un acuerdo entre la Administración y una empresa o grupo de empresas por medio del cual éstas se comprometen a alcanzar unos objetivos determinados por la Administración —reestructuración, modernización, incremento de la productividad, etc.— a cambio de la percepción por éstas de una serie de beneficios —desgravaciones fiscales, bonificaciones tributarias, crédito público, etcétera.

El sistema alcanzó rápida expansión y pronto afectó a varios sectores económicos, de entre los que destacan el de la Piel, Siderurgia, Papel, Harina, Navales, etc., y en cuyo pormenorizado detalle no procede, obviamente, entrar aquí (24).

Destacaré tan sólo que, por lo que se refiere al sector de las Industrias del Papel y Derivados, su fundamentación normativa viene constituida, como se señala en los considerandos de la sentencia transcritos, por la Orden de 17 de julio de 1965 y su desarrollo en la de 14 de septiembre del mismo año.

El mecanismo procedimental establecido por ellas para conseguir la inserción en una acción de concierto es, a grandes rasgos, el siguiente: Las empresas que lo desean dirigen sus instancias y solicitudes a la correspondiente Delegación Provincial del Ministerio de Industria, la cual, una vez informado el expediente, lo remite a la Dirección General de Industrias Químicas; en el seno de la Dirección General, las Comisiones técnicas constituidas *ad hoc* analizan, estudian y valoran las solicitudes y documentaciones presentadas: su informe favorable presumirá la viabilidad técnica, económica y financiera del proyecto, y el informe desfavorable producirá la desestimación de la petición de concierto; por último, la aprobación definitiva compete a un Comité de la Dirección General de Industrias Químicas, cuyo dictamen favorable habilita ya al Ministerio de Industria a extender la oportuna acta de concierto. De su

(23) Con carácter general puede verse el documentado trabajo de J. SALAS: *El régimen de la acción concertada*, en el núm. 56 de esta REVISTA, pp. 435 y ss., y *El crédito oficial en el régimen de la acción concertada del I Plan de Desarrollo español*, en "Actas del Congreso"... cit., pp. 413 y ss. MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO: *Curso...*, cit., pp. 233 y ss.

(24) TAMAMES se refiere a los distintos sectores en que ha incidido la acción concertada en *Estructura económica de España*, Madrid, 1971. Con carácter específico para las industrias del papel, véase ASENJO MARTÍNEZ: *Análisis estructural de la industria papelera española*, Madrid, 1967.

conclusión se da cuenta al Ministerio de Hacienda y a los demás Departamentos ministeriales afectados, así como a la Comisaría del Plan.

Los beneficios prometidos por la Administración consisten fundamentalmente en la obtención de crédito oficial, reducciones fiscales y la expropiación forzosa, según lo previsto en la Ley de Industrias de Interés Preferente.

2.4 Problemática concreta suscitada por este fallo.

Haciendo abstracción de la rica y variada temática jurídica que las acciones de concierto suscitan, y que ha sido brillantemente desarrollada por la doctrina a que se ha hecho referencia, dos problemas se plantean en el supuesto objeto de la litis.

El primero de ellos se centra en la extensión de los poderes de la Administración para admitir o denegar la asimilación de una empresa determinada en una acción de concierto; el segundo se desplaza al momento en que ya ha sido informada favorablemente la propuesta de integración, y consiste en cuáles son las facultades que a la Administración asisten para fijar el ámbito de los beneficios concretos.

Ambas cuestiones tienen, a mi juicio, una única solución viable: la Administración goza de facultades discrecionales (25) que la habilitan para valorar ponderadamente las circunstancias específicas de cada caso concreto. Ello se desprende: *Primero*, de la filosofía que inspira al régimen de la acción concertada, que no parece favorable a que la Administración se encuentre excesivamente vinculada por predeterminaciones legales en estos casos, y *segundo*, ya desde una perspectiva de *lege data*, en la dicción de la propia Orden que afecta al sector y que no resulta difícil encontrar generalizadamente en casi todas las demás (26).

Así, la decisión más importante en el *iter* procedimental expuesto, y que es la adoptada por las Comisiones Técnicas de la Dirección General de Industrias Químicas, se produce después de *analizar, estudiar y valorar* las solicitudes y documentaciones presentadas, expresiones que remiten a una esfera de decisión amplia de carácter no reglado.

La amplitud de los beneficios otorgados se cobija también bajo la fórmula “ésta —la Administración— *podrá* otorgarles los beneficios siguientes...”, dicción también permisiva de una discreta libertad de movimientos.

Todo ello nos permite concluir, por lo que respecta al objeto litigioso que aborda este fallo, que el Tribunal Supremo debió traspasar la frontera de los defectos procesales de legitimación, abordando el importante tema de las facultades de la Administración en el sistema de la ac-

(25) J. SALAS: *El Régimen...* cit., p. 468.

(26) Así, por ejemplo, para las industrias de conservas, “la Administración valorará la posibilidad del cumplimiento de los objetivos expresados, según las características de las empresas peticionarias” (base III, 5), y para el hierro, “el Ministerio de Industria podrá discrecionalmente desestimar todos o algunos de los proyectos, aunque reúnan los requisitos exigidos (base III) (cit. por SALAS, notas 123 y 124 de su trabajo publicado en esta REVISTA).

ción concertada, que no excluyen, por supuesto, sino que postulan, la revisión jurisdiccional (27), que puede entrar a examinar el cumplimiento de las normas procedimentales, la posible desviación de poder que constituye, como se sabe, la técnica específica de control de la discrecionalidad (art. 83 LJCA) y, por último, el respeto de principios generales, como el de igualdad de los administrados ante la Ley, que, aunque no puede ser generador indiscriminado de derechos adquiridos en esta materia, sí debe ser examinado por el Juez en cada supuesto concreto.

Debe decirse que el Supremo podía haber seguido una vía teóricamente más correcta, ya que en el caso de la sentencia meritada no ha pasado por alto el tema de la pretendida igualdad de los beneficios de la acción concertada, fundamentando precisamente en la desigualdad de los solicitantes la inadmisibilidad del recurso y señalando que, en la materia litigiosa, no existía tal homogeneidad de situaciones, ya que uno de los solicitantes se hallaba amparado por el cobijo que le prestaba su radicación en una zona catalogada como "polo de desarrollo".

El recurso al expediente de la falta de "interés directo" resulta, a mi juicio, artificioso y además contradictorio con el concepto que del mismo ha sentado la propia jurisprudencia, citada curiosamente por la sentencia precitada y que "está en función de que con la anulación pretendida, el accionante va a obtener un beneficio, del mismo modo que, sin ella, pudiera tener perjuicio" (28). No parece haya duda alguna de que en el supuesto controvertido de prosperar la acción ejercitada se hubieran irrogado unos beneficios perfectamente evaluables a los particulares accionantes.

En resumen, considero de sumo interés el que nuestro Tribunal Supremo quede sensibilizado ante estas cuestiones suscitadas en estos tres fallos, pues, de lo contrario, mucho es de temer, van a quedar exentas del objetivo y ponderado examen jurisdiccional medidas que inciden cada vez más de lleno y con signos de una inequívoca perentoriedad en la economía de los particulares y cuya *ratio* es, como se sabe, conseguir un adecuado equilibrio económico intersectorial.

Francisco SOSA WAGNER

(27) Señala SALAS cómo resulta curioso que en la ya dilatada normativa acerca de la acción concertada nunca se establezcan los recursos pertinentes, cuando es impensable que este actuar administrativo pueda quedar sustraído a los sistemas de control generales en la Administración pública; por ello, "en la notificación que se haga al interesado de la resolución... deberán hacerse constar: los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlo. En nuestro caso, como se trata de una resolución ministerial, el recurso pertinente es el de reposición, y contra el acto resolutorio de éste, el contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo". Véase *El Régimen...*, cit., p. 470. A juicio de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, hay que potenciar el carácter de concurso que presenta la técnica aquí examinada, pues ello conlleva mayores facilidades para su racionalización y juridización. Véase su trabajo *El acceso preferente...*, cit., p. 299.

(28) Así Sentencias de 5 de junio de 1961, 28 de febrero de 1961, 20 de marzo de 1961, 4 de julio de 1960, 30 de septiembre de 1967, 26 de abril de 1968, etc.

