

CONSIDERACIONES JURÍDICO-MERCANTILES SOBRE LAS EMPRESAS EN MANO PÚBLICA

Por el Dr. Piero VERRUCOLI

Adjunto de la Cátedra de Derecho Mercantil en la Universidad de Pisa

I.—El fenómeno de la creciente intervención del Estado en la regulación de la vida económica y particularmente el fenómeno de la cada vez más frecuente absorción, directa o indirecta, del desarrollo de actividad organizada en empresa por el Estado son objeto de atento estudio y consideración por parte de políticos, sociólogos, economistas, juristas y cuantos, en resumen, se interesan por los problemas varios y complejos que tales fenómenos encierran. No es mi intención, ni mi tarea, trazar aquí las líneas de determinación y desenvolvimiento de tales fenómenos, ni considerar los criterios de oportunidad y conveniencia de cada una de las diversas formas que la intervención del Estado en la vida económica puede asumir (1); comprobadas, por el contrario, una realidad

(1) La bibliografía sobre el tema es innumerable. Entre los muchos autores que de él se han ocupado merecen destacarse los estudios económicos recogidos bajo el título *Offentliche Hand und Wirtschaftsgestaltung*, Festschrift für K. WIEDENFELD, Leipzig, 1931; entre ellos, el más importante es, quizá, el debido a W. ADLER, *Die Kontrolle der offentliche Unternehmungen*, particularmente interesante por las líneas históricas allí trazadas de la intervención estatal en la economía. En la investigación de los caracteres más comunes y constantes de tal intervención, resultado muy difícil del fraccionamiento administrativo estatal, ADLER pone de manifiesto el fin que el Estado ha perseguido siempre de crear una forma particular de administración para aproximarse a la forma más libre característica del derecho de la economía privada, sobre todo para eliminar los defectos y las insuficiencias insertas en la gestión directa de la actividad económica por parte de la Administración pública. ADLER distingue las siguientes fases: 1), administración burocrática y actividad de control estatal sobre la sociedad de estructura y base capitalista privada; 2), participación del Estado en la gestión de la empresa en medida gradualmente creciente, hasta llegar a único accionista de la sociedad a ella relativa, tanto de antigua como de nueva constitución; 3), creación de sociedad *holding*, totalmente perteneciente al Estado, por la gestión combinada de tales empresas, y, además, creación de sociedades fiduciarias, para el control contable del *holding* como emanación directa de los órganos estatales de vigilancia y de control, e independientemente respecto al *holding* mismo. Una tenden-

económica, en sus varios aspectos, será oportuno examinar brevemente los reflejos que ha producido y es susceptible de producir en el campo jurídico, particularmente en el campo del derecho mercantil.

Se verá entonces —como bien señaló HUBER (2)— que las necesidades generales, de control y protección social, reaccionando contra los excesos del liberalismo, determinan la formación de leyes, singulares e inorgánicas, cuyo único ligamen está constituido por el especial sector de la economía a que se refieren, viniendo a representar un particular derecho de la economía (3). Junto al derecho económico privado, cuyas formas de realización reposan esencialmente sobre el contrato, se sitúa en medida creciente el derecho económico administrativo, constituido precisamente por las leyes especiales que regulan aquellas relaciones de la empresa que en su esencia son fijadas por el Estado, leyes que incluyen en su dominio un campo, el de la economía, antes dejado a la libre e incontrolada iniciativa de los particulares, haciéndole, por el contrario, objeto de la Administración pública. Este derecho administrativo de la economía —según HUBER— comprende las normas que constituyen el derecho

cia distinta de desarrollo, con identidad en la fase final —siempre según ADLER—, se verificó respecto a la actividad económica ejercida por las administraciones locales: inicialmente el ejercicio de tal actividad fué confiado —bajo forma de contrata o de concesión— a sociedades privadas; después fué directamente asumido por las administraciones mismas (que a veces habían evitado la forma precedente), y, sucesivamente, se determinó un retorno a las formas autónomas. Esta aproximación constante a las formas de ejercicio jurídico privado —afirma SIGLOCH, *Die Unternehmungen der öffentlichen Hand*, Mannheim, 1929 (tesis doctoral)— se justifica por la circunstancia de que las empresas no autónomas, configurables como patrimonio de fin (Sondervermögen), no dotadas de personalidad jurídica, no pueden ser tan elásticamente sensibles a las oscilaciones del mercado como las empresas autónomas, de donde, también, para evitar tal inconveniente, fueron concedidos más amplios poderes y una mayor libertad de acción a las personas propuestas para su guía, lo que aceleró y facilitó su transformación en empresas autónomas.

Para una investigación de los factores determinantes de la aparición de las empresas de mano pública y para una rápida exposición de los problemas jurídicos a ellas relativos, puede verse el breve, pero agudo, estudio de J. GIRÓN TENA, *Las empresas públicas*, en «Arbor», núm. 47, Madrid, noviembre 1949; sobre los problemas en general de los varios tipos de empresa, vale, por último, recordar la conocida obra de LIEFMANN, *Die Unternehmungsformen*, 4.^a ed., Stuttgart, 1928, especialmente páginas 120 y siguientes, para la empresa de mano pública.

(2) HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1932, especialmente págs. 1-5.

(3) HUBER (op. cit.) precisa que este «particular» derecho de la economía no se entiende como penetración de todo el derecho con el espíritu de la economía, como pretendía HEDEMANN (*Grundzüge des Wirtschaftsrecht*, 1922), ni como derecho que regula la satisfacción de necesidades económicas (así, DARMSTADTER, *Das Wirtschaftsrecht*, 1928, págs. 15 y 11), porque estos dos conceptos son demasiado amplios para poder constituir válidamente la base de un ordenamiento sistemático de un particular campo jurídico; ni tampoco como derecho de la economía organizada (así, GOLDSCHMIDT, *Reichswirtschaftsrecht*, 1923, pág. 12), porque «no son sola y especialmente las normas de organización las que determinan la particularidad de la posición actual de la economía en el derecho». Concluyendo, contra KASKEL (en *Recht n. Wirtschaft*, 1921, págs. 211 y sigs.), que limitaba el concepto de derecho de la economía al dere-

de las empresas públicas (y se tiene una empresa de este tipo cada vez que una actividad económica sea desarrollada o directamente por una administración pública o por empresas distintas, en cuanto a subjetividad jurídica, del Estado, mas a éste unida o bien teniendo los oficios revestidos de poder de imperio, sea concedido un derecho de intervención en las relaciones económicas) y el derecho del trabajo que se desenvuelve en tales empresas públicas; y la materia dotada de tal complejo de disposiciones debe ser ordenada según el carácter típico de los actos que la componen y el objeto que consideran.

La tesis exacta de HUBER podría, sin embargo —en esta absorción total del sector económico—, hacer pensar en una gradual menor importancia de las características comerciales de la empresa pública, y podría acaso hacer pensar también en un concepto de empresa pública, distinto y contrapuesto al de empresa en general; por el contrario, teniendo presente el campo en que el concepto de empresa se engendró, puede verse hasta qué punto tal concepto pueda adaptarse a la actividad de la administración pública, que es tanto como decir —en último análisis— hasta qué punto el derecho mercantil como derecho de las empresas comerciales tenga razón de existir en los ordenamientos económicos destacados por una fuerte intervención reguladora del Estado.

De esta forma queda precisado el fin de la presente exposición, que no tiende tanto a un circunstanciado análisis de los tipos de empresas de la administración pública, cuanto a precisar los criterios y los métodos que se han observado y que convendría observar en los estudios sobre esta materia. A tal fin, se manifiesta la necesidad de una precisión, que podría parecer simplemente formulada con intentos de establecer una propiedad de expresión terminológica, y que fundamenta, sin embargo, una cuestión de carácter sustancial. Se habla, en efecto, corrientemente, de *empresa pública*, y es necesario explicar el alcance efectivo y el valor de la expresión. Por lo que se refiere al concepto de empresa no hay más que hacer referencia a la doctrina que ha ilustrado tal concepto para afirmar contra el insuficiente esquematismo del sistema de los actos objetivos de comercio una visión unitaria, incluso jurídicamente, de la compleja noción de empresa (4), en sus aspectos patrimoniales, personales, de trabajo, de relaciones jurídicas que es propio de la ciencia económica, y que después había de ser recogido en la codificación italiana de 1942.

cho de los empresarios, HUBER advierte la necesidad de que junto a éste sea considerado también el derecho del trabajo, dado el enlace existente entre ellos, y también que para ambos se recurra a un concepto técnico común (vid. texto), que deberá después especificarse en derecho económico privado y derecho económico administrativo.

(4) Cfr., sobre todo, MOSSA, *Trattato del nuovo dir. commerciale*, vol. I, Milán, 1942; WIELAND, *Handelsrecht*, I vol., München, 1921; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I vol., Madrid, 1947.

No es necesario referir aquí los términos de la discusión acerca de la validez del concepto de empresa como organismo o como actividad organizada (5); es, sin embargo, oportuno, para quitar adherencias al presupuesto de la realidad económica, partir de una visión orgánica de la empresa, señalando inmediatamente cómo sus manifestaciones en el campo de la administración pública suponen en un cierto sentido una contribución a su más completa determinación y, casi, a su subjetivización jurídica (sin duda, existe en realidad la subjetividad económica de la empresa).

En realidad, aparte las consideraciones de origen exegético por las cuales acaso se habla en las mismas leyes y códigos de empresas como sujetos de derecho (6), y aparte la normal transposición conceptual operada por los escritores entre la verdadera y propia y el sujeto que la ejerce (de donde esto último se define, por brevedad, pero impropia-mente, como la empresa), se ha observado muchas veces cómo en la realidad económica jurídica es posible una concepción institucional de la empresa (7). Sobre este punto, y aunque sólo sea de pasada, pues se habrá de volver en el curso de esta exposición; pero, entre tanto, esta breve alusión puede servir para poner en claro la importancia que reviste el hecho de considerar la empresa como un organismo (en el que son igualmente importantes las personas y las cosas, las relaciones de trabajo y la clientela, etc.), más aun la mayor afinidad de la noción

(5) Cfr., para esto, sobre todo, MOSSA, op. cit., y además, en *L'impresa nell'ordine corporativo*, 1935, y en *Contributo al dir. dell'impresa e al diritto del lavoro*, Pisa, 1941; CASANOVA, *Studi sulla teoria dell'Azienda*, 1938; FERRARA, *Teoria giuridica dell'Azienda*, Firenze, 1945; FERRI, *Delle imprese soggette a registrazione*, en «Comentario al Cód. Civ.», dirigido por A. SCIALOJA, 1943, y recientemente en *Manuale del Diritto commerciale*, Torino, 1950.

(6) Así, para Alemania, véanse los ejemplos en SIGLOCH, op. cit., pág. 11; para Italia, cfr., por ejemplo, el art. 2.511 del Código civil, además de otros muchos y las expresiones usadas en muchas leyes especiales.

(7) Se puede recordar con SIGLOCH, ob. cit., págs. 11-13, que partiendo de la consideración de la gran empresa, normalmente regida por una sociedad por acciones, RATHENAU (en *Vom Aktienwesen*, 1917, pág. 23 y ss., y *Autonome Wirtschaft*, 1920) pone de manifiesto los factores, de varios órdenes, que conducen a la prevalencia del elemento organizador sobre el corporativo, a la desvalorización de las asambleas, a todas las ventajas de los órganos ejecutivos, y, sobre todo, GEILER, *Wirtschaftliche Strukturwandlungen und Reform des Aktienrechts*, 1927, puso de manifiesto que tal disminución de los poderes de la asamblea en favor de los administradores de la sociedad por acciones se producía aun más marcadamente cuando éstas eran sociedades de mano pública, de donde de esto era posible una aproximación entre las empresas de derecho privado y las empresas de mano pública realizadas en la forma de sociedad por acciones, en cuanto que las primeras adquieren por tal vía la estabilidad de las segundas, y éstas adquieren la libertad de movimiento y la autonomía de las primeras. Todo esto afirma SIGLOCH, *legítima* el hablar de la empresa como de una institución (*Stiftung*). En este orden de ideas véanse, sobre todo, MAJER, en *Festschrift f. Laband*, Tübingen, 1908, y S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed., Firenze, 1946, especialmente & 11; en particular para la *Stiftung*, cfr. GÖRDELER, *La fon-*

de empresa como organismo a la fenomenología de la empresa tanto bajo el perfil económico, como bajo el perfil público.

En cuanto a la expresión *empresa pública*, si no se quiere entender con ella una noción de empresa de carácter institucional definido, y como tal sujeto de derecho en sentido técnico (lo que no parece), evidentemente se quiere entender entonces aquel tipo de empresa que, aunque en manos de empresarios privados, son en *mano pública*, es decir, regidas y guiadas por la Administración pública. En otras palabras —y ello será objeto de examen detenido más adelante— se afirma que el estatuto personal, de derecho público o privado, del empresario, es tan importante en el seno del organismo empresa, como para imprimir a todo él su particular carácter, o bien se afirma que el concepto de empresa es único cualquiera que sea el estatuto del empresario, y en tal caso es necesario ver cómo, cuándo y hasta qué punto ello subsiste en el caso en que el empresario sea un sujeto de derecho público, y qué influencia determina sobre el mismo. Parece oportuno inclinarse por esta segunda interpretación, y he aquí por qué se ha hablado y se hablará aquí de *empresas en mano pública*, recogiendo la expresión alemana (*) que responde a un exacto planteamiento del problema; además, como ya se ha señalado, será necesario recordar que no siempre la expresión *empresa pública* es usada en el significado que se le atribuye, sino que a veces lo es —por brevedad— para indicar la naturaleza del sujeto de la empresa, es decir, del empresario. Está claro, por el contrario —se observa incidentalmente—, que el problema no se presenta cuando se habla de *sociedades mercantiles públicas*, en cuanto entonces, exactamente, la calificación de *público* se refiere inmediatamente al sujeto de la empresa, y no ya a la empresa misma.

Una vez sentado que el Estado, tanto en el sistema de los actos de comercio como en el de empresa, puede desenvolver una actividad económica (lo que también pueden los entes públicos en general), llegamos al punto de ver cuándo el concepto de empresa, en la noción antes dada, se adapta a tal actividad. Es necesario entonces excluir de la noción de empresa todo significado de organización genérica de una cualquiera actividad (por lo que se llega al extremo de que el Estado, en el complejo organismo de sus servicios y sus funciones, sería una empresa), y entenderla en el sentido técnico que ha sido precisado por la doctrina mercantil. Restringido así el campo de aplicación, supondrá otra sensible restricción (que en resumen no es más que una especificación de la

dazione quale forma giuridica dell'impresa economica, en «Nuova Rivista del Dir. Commerciale, Dir. dell'Economia, Dir. Sociale», 1950, págs. 142 y ss., fasc. 5-7.

(*) *Di mano pública*, en italiano, correspondiente a la lección alemana *in öffentlicher Hand*; respetamos esta terminología en la traducción castellana, aun no siendo corriente, por la intención del texto.—(N. del T.)

primera) la exclusión de las funciones típicas del Estado como posible objeto de organización en empresa, quedando esta reservada al campo de los servicios públicos. Ahora bien, mientras está claro en base a la distinción entre funciones en sentido técnico del Estado y servicios públicos —que todas las empresas de mano pública necesariamente se refieren al ejercicio de un servicio público (8)—, puede haber duda en si todo servicio público implica la existencia de una empresa; es oportuno, pues, examinar ante todo este aspecto del problema.

II.—Entre las varias formas, distintas en grado e intensidad, que la intervención del Estado en el desenvolvimiento de las relaciones económicas puede asumir, la más importante es, sin duda, la de absorción directa del ejercicio de una empresa. No puede afirmarse siempre que una actividad económica a cuya cabeza actúa el Estado o un ente público haya de calificarse sin más como empresa y pueda ser sometida a la disciplina prevista para ésta; puede darse el caso, en efecto, de una actividad de tal forma marginal y contenida en límites mínimos ocasionalmente, para la cual no puede decirse con verdad que surja una actividad y una organización de empresa, aunque los actos realizados sean típicos de la última, porque se sabe que la empresa surge del ejercicio sistemático (entendido en sentido objetivo) de tales actos, y también del cumplimiento normal de asuntos que dan lugar a una única organización. En consecuencia, la primera investigación a realizar debe dirigirse a señalar la presencia de tal requisito en la actividad ejercida por el ente público, teniendo presentes los criterios típicos de individuación de la empresa, y, en consecuencia, omitiendo —en este examen— todos aquellos elementos de naturaleza económico-jurídica administrativa que, aun siendo importantes en otros aspectos, no podrán ser en este sentido de ninguna utilidad.

Partiendo de este punto de vista de la consideración de la presencia o no de la Empresa, las múltiples formas de actividad económica ejercidas por entes de derecho público dan lugar —según FERRI (9)— a la siguiente clasificación de los propios entes: 1), entes de gestión, que se proponen la gestión de una Empresa (10); 2), entes de administración, que no ejercen directamente una empresa, sino que indirectamente participan y contribuyen mediante la administración de los entes de gestión

(8) Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I vol. pág. 15; III vol. (4.ª edición. 1949), págs 192 y ss.; V vol. Milano, 1950, págs. 225 y ss.

(9) FERRI, *Lineamenti di una teoria degli enti commerciali*. en «Diritto e pratica commerciale». 1945, I. págs. 177 y ss., especialmente 129-30.

(10) Entran en tal categoría todas las sociedades comerciales públicas que ejercen una empresa, los Institutos de Crédito de derecho público, el Instituto Nacional (italiano) de Seguros, etc.

y de coordinación (11); 3), antes de coordinación, que se proponen como fin la disciplina de relaciones entre empresas autónomas (12). Es evidente—como observa FERRI—que puede existir también una combinación de estos diversos fines y funciones, e incluso que es posible que un ente sea al mismo tiempo de gestión y de administración, o de gestión y de coordinación. También por la posibilidad de esta combinación puede surgir en algunos casos, a mi entender, duda acerca del campo de normas más directamente interesado en regular la vida y la actividad del ente en cuestión, si es el derecho público o el derecho privado. Si en efecto cada uno de estos entes puede recurrir a la estructura de la sociedad por acciones y también a un elemento formal indiferenciado, y si puede darse que la disciplina del ente sea en mayor o menor medida siempre objeto del derecho público, está claro que a pesar de la adopción exterior de forma privada los entes de coordinación y de administración están en líneas generales principalmente sujetos al derecho público (estando su actividad destinada a agotarse en este campo), mientras los entes de gestión—titulares de una empresa—deberían someterse, por lo menos en principio, al estatuto previsto para los empresarios en general. En otras palabras, la presencia de una empresa coloca al ente que la ejerce sobre el mismo plano de los empresarios privados (salvo la disciplina particular prevista para los propios entes) en cuanto la existencia y el ejercicio de la empresa implica ante todo una actividad de derecho privado, que precisamente se rige por la disciplina general de la empresa; por el contrario, la actividad de los entes de coordinación y de administración no sólo puede desplegar un poder de imperio, y como tal sustraído a la disciplina de las relaciones privadas, sino también se desenvuelve normalmente en el ámbito del ente en que la ejercita o de aquellos entes que con él tienen contacto, sin dar lugar, sin embargo, a la multiplicidad de relaciones personales y patrimoniales que surgen de la organización de los bienes y del trabajo, típica de la empresa.

Está claro que una investigación llevada a cabo con criterios propios del derecho mercantil, y en consecuencia dirigida a controlar la aplicabilidad de este derecho a las empresas *en mano pública*, debe, ante todo, moverse por la comprobación, caso por caso, de la presencia de la empresa. Sin duda, tal comprobación puede, según los casos, hacerse más difícil y compleja en cuanto que se trata de distinguir el

(11) Forman parte de esta categoría el *holding*, la sociedad financiera, los grupos industriales que no tienen el ejercicio directo de una empresa, como, por ejemplo, el Instituto para la Reconstrucción Industrial (I. R. I.), en Italia; el Instituto Nacional de Industria, en España, y la V. I. A. G. (Vereingte Industrie Unternehmungen Aktiengesellschaft), alemana.

(12) Constituyen, por el contrario, esta categoría los consorcios industriales obligatorios, y otros numerosos institutos como, por ejemplo, el Ente Nazionale Risi, italiano.

grado de individualidad y, por tanto, de autonomía de la organización en empresa de la restante organización estatal o del ente público (cuando falte, una marcada separación o una autónoma constitución de la empresa), pero una vez que se haya obtenido un resultado positivo, se debe consecuente y fundamentalmente aplicar la disciplina jurídica de la empresa; análoga consideración se deberá tener para el caso del ente que, por ejemplo, sea de gestión y de coordinación al mismo tiempo, respecto a la empresa de que tenga la gestión.

La necesidad de este criterio de investigación y la dificultad de su aplicación quedarán más patentes al considerar la infructuosidad —para los fines del derecho mercantil— de las tentativas de clasificación de las empresas en *mano pública* llevadas a cabo no partiendo de la individuación de la empresa y de su carácter (comercial, agraria, etc.), sino de la disciplina del sujeto titular de la empresa, según las relaciones de aquél con el Estado, o de su composición, o de la formación de su capital, etc.

Un intento en tal sentido se realizó en Alemania (13). Partiendo de la consideración de la empresa en sentido objetivo como «complejo de fuerzas de trabajo y de bienes económicos puestos a disposición de la administración del ejercicio y técnicamente reunidos en una unidad», refiriéndose, por el contrario, a la empresa en sentido subjetivo (esto es, al ente titular de ella) han quedado definidas como no autónomas las personas de derecho público que, junto al ejercicio de la empresa, tenían además otras tareas a realizar, y autónomas, al contrario, aquellas en que el ejercicio de la empresa fuera el fin exclusivo o prevalente. Estas últimas pueden ser tanto personas de derecho público como personas de derecho privado, y pueden ser agrupadas así: 1), empresas autónomas regidas por una persona jurídica pública; 2), empresas autónomas regidas por una persona jurídica privada; 3), empresas de economía mixta (formas de sociedad en que participan conjuntamente entes públicos y privados); 4), empresas de derecho mixto, esto es, empresas privadas con una obligación de derecho público de cumplir el fin para que fueron constituidas (14). Se puede observar incidentalmente —porque no es mi intención examinar aquí la naturaleza de tales entes— que los tipos de los números tercero y cuarto entran en el concepto de empresas regidas por personas jurídicas privadas, a pesar de la presencia en ellas de elementos públicos (15).

(13) SIGLOCH, ob, cit.

(14) Como figuras comprendidas en esta categoría, SIGLOCH señala, por ejemplo, los concesionarios de servicios públicos, la Deutsche Rentenbank y la Bank für deutsche Industrie-Obligationen.

(15) Análoga observación ha hecho TREVES (vid. nota siguiente), en nota a la página 25.

Junto a esta clasificación se puede poner la recientemente operada en Italia (16), sobre la base de una investigación de los tipos y de las formas de actividad económica ejercida por el Estado italiano, tipos que quedan indicados así: 1), empresas estatales desprovistas de personalidad: se realiza cuando el Estado instituye servicios especiales en el seno de su organización, para el cumplimiento de sus fines particulares e inmediatos, como arsenales, talleres mecánicos, etc. (17); a veces la actividad emprendedora (que especialmente en los casos expuestos no es capaz de hacer surgir la empresa) es más clara cuando el Estado dota de mayor independencia tales servicios, mediante su organización en empresas autónomas normalmente no dotadas de una personalidad distinta; 2), órganos estatales dotados de personalidad: categoría discutida en cuanto a su admisibilidad en el ordenamiento italiano, hoy conservada en el terreno teórico, pero de la que no consta que existan actualmente ejemplos en relación con el ejercicio de una empresa; 3), entes públicos económicos: son los entes patrimonial y administrativamente separados de la organización estatal, dotados de personalidad jurídica de derecho público, creados para el ejercicio de una empresa; 4), entes públicos en cuyo capital participan varios sujetos: se constituyen en forma de sociedad por acciones, cuyo capital suscribe el Estado directamente o por diversos entes públicos y a veces incluso privados; los participantes no son siempre admitidos en la administración, o bien lo son pero no en proporción de su aportación, y el Consejo está normalmente compuesto exclusivamente de representantes del Estado: se discute si puede tratarse de verdadera sociedad, de entes con carácter de institución y apariencia corporativa, o finalmente de corporaciones coactivas (18).

No es del caso ocuparse aquí particularmente del tema de la sociedad mercantil pública, no sólo porque ello requeriría —por la cantidad y la índole de los problemas planteados y determinados por tales figuras— un separado y específico trabajo, al que ya se han dedicado numerosos autores (19), sino también porque ello se saldría del tema que me he propuesto, ya que aquí quiero hablar exclusivamente de criterios metodológicos. A los efectos del presente estudio basta en efecto

(16) TREVES, *L'imprese pubbliche*, Torino, 1950, especialmente págs. 78-102.

(17) Se discute, tanto en el campo privado como en el público, si la actividad económica organizada que no se desenvuelve frente a terceros, da lugar a la aparición de una empresa (es decir, empresa por cuenta propia); cfr. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, págs. 103 y ss.

(18) Entre los numerosos estudios aparecidos sobre el tema, cfr. ARENA, *Le Società commerciali pubbliche*, Milano, 1942; J. GIRÓN TENA, *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, y también, para una reciente exposición de los problemas relativos a este tipo de formas societarias, E. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, especialmente págs. 520 y ss.

(19) Cfr. los autores citados en la nota anterior y los por ellos recordados.

sentar que la adopción de la forma típica mercantil —sociedad por acciones— se puede con mayor razón mantener sujeta al derecho mercantil la empresa regida por tal sociedad, parece, sin embargo, que no pueda determinar la existencia de tal empresa cuando falta en la realidad y la sociedad entra, por ejemplo, entre aquellos de administración y de coordinación a que se refería la clasificación de FERRI; en tal caso, la adopción de la forma de sociedad por acciones se debería a motivos de conveniencia en la formación del ente, y no asociándose a la empresa no realizaría una correspondencia de caracteres entre el ente y la actividad por él desarrollada.

De estas breves consideraciones necesarias para indicar los problemas que surgen respecto al ente titular de la empresa, y de las clasificaciones realizadas en este orden de ideas, deriva la necesidad de distinguir netamente lo que interesa y lo que no interesa al derecho mercantil.

Es evidente —especialmente si se considera el caso de los entes públicos— que la particularidad de constitución, composición, control, etcétera, de tales entes, puede tener una importancia específica tanto a los fines de determinación del concepto de persona jurídica pública, como a los fines de ver su adaptación o discrepancia respecto a los esquemas tradicionales del derecho público, especialmente administrativo. Pero no parece —al menos en líneas generales— que tales peculiaridades lleguen a ejercer una efectiva importancia sobre el carácter de la empresa por ellos ejercida y a dar a esta una configuración distinta. Indudablemente el Estado puede —por la vía de los estatutos de tales entes— influir directa o indirectamente sobre la actividad ejercida por ellos; parece, sin embargo, como se verá seguidamente, que aunque se trata de obligaciones o vínculos comunes de derecho público que limitan la posibilidad de acción del ente y no se reflejan sobre las relaciones que este establezca con terceros, no se sale —en cuanto a ellos— del campo del derecho administrativo y no se compromete el régimen fundamental de la empresa; y parece, por otra parte, que donde se toca y se altera la naturaleza privada de las relaciones con terceros, lo que es presupuesto de la empresa, esta noción no sea en consecuencia aplicable a la organización de bienes y actividad ejercida por el ente, y por ella se encuadre también en tal caso exclusivamente en el campo del derecho administrativo como en cuanto al total fenómeno económico.

III.—Es oportuno ahora esclarecer este último enunciado y tratar de ver cuáles son los límites de adaptabilidad de la noción de empresa mercantil en la forma en que el Estado despliega una actividad económica.

Resumiendo aquí lo dicho en la conclusión del § 1, está claro que un primer límite está representado por el hecho de que el organismo empresa se entienda en relación con la noción y el ejercicio de un servicio público.

Un distinto y más delicado límite debería estar representado por la existencia necesaria, en la empresa mercantil, de un fin de lucro, que no sería, por el contrario, indispensable para el concepto de empresa pública: de donde debe deducirse en consecuencia la existencia de dos conceptos de empresa. No parece, sin embargo, que el argumento en cuestión tenga efectiva importancia. Sobre todo discuten los publicistas el hecho de que el fin de lucro sea admisible en sí y por sí o cuando menos subordinado, como medio al fin, en el fin público para el que el ente se constituye, y de las más recientes orientaciones de la doctrina (20), además de indiscutibles textos legislativos, parece poderse deducir que el fin de lucro es pura y simplemente atribuible a un ente público. Por otra parte, también en la propia doctrina mercantilista se discute si el fin de lucro es o no esencial a la noción de empresa mercantil (21). Teniendo presente no sólo el caso de los entes públicos, sino también el de la sociedad cooperativa (que, por lo general, son titulares de una empresa comercial) y, además, que el fin de lucro es innato no a la empresa, sino al sujeto que la ejerce, parece que debe llegarse a la conclusión de que también desde el punto de vista jurídico la empresa —como organismo productivo, como organización de actividad económica— está potencialmente dirigida al provecho y es susceptible, por tanto, de lograrlo, sin que importe a nadie si el ente público, por su finalidad, o la sociedad cooperativa por el fin ideal de sus miembros, renuncia a percibirlo, lo devuelve a fines de utilidad general, o (como la sociedad cooperativa de consumo «pura», por ejemplo) lo percibe bajo forma de ahorro de gastos, o, finalmente, como se prescribe en muchos estatutos, de entes públicos, el ente lo percibe para compensar los gastos. Parece, pues, en conclusión, que también aquí se ha operado una confusión entre la tendencia económica (jurídicamente importante: piénsese en el valor de crédito, de sus componentes, clientela, etc.) de la empresa de dar un provecho y el intento de quien no es sujeto o portador de sacar o no un lucro del ejercicio de ella, atribuyendo a la primera lo que es exclusivo del segundo. Por ello.

(20) Cfr. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, en «Rivista del diritto commerciale», 1942, I, pág. 16; ALESSI, *Diritto amministrativo*, vol I, Milano, 1949; ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, cit. vol. I.

(21) Afirman la necesidad, por ejemplo, VALERI, *Manuale di dir. comm.*, vol. I, Firenze, 1945, pág. 13; FERRARA, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 1947 (2.ª edición), pág. 22; FERRI, *Manuale*, cit., pág. 32; en contra, sin embargo, MOSSA, en *Dizionario di diritto privato. voz impresa*, terminado en 1917, y después en las otras obras ya citadas: BIGIAVI, ob. cit., pág. 82.

como ha afirmado MOSSA, «el fin de lucro no suponía absolutamente nada en los sistemas en que la base jurídica del acto y de la materia de comercio no importaban gran cosa; también entonces se toleraba la consideración prevalente del fin del provecho inmediato de la empresa. Ahora que el fin social de la empresa da el tono a la necesidad de la organización comercial, sería hacer marcha atrás ocuparse aún de ello» (22).

Excluido, por tanto, que el fin de lucro pueda constituir un elemento distintivo de la empresa de mano pública, es, sin embargo, necesario ver cómo y hasta qué punto el régimen de derecho privado presupuesto de la empresa mercantil pueda conciliarse con la influencia ejercida sobre él por el derecho público, especialmente administrativo. Debe precisarse antes de nada que no es necesario descender a detalles acerca de todas las particularidades estructurales y de actividad de los sujetos de la empresa de mano pública; en efecto —dadas las premisas de la presente exposición—, no interesa ver aquí todas las modalidades de constitución y de funcionamiento, o más brevemente, el estatuto del empresario público, los cuales son y permanecen como objeto exclusivo del derecho administrativo, cualquiera que pueda ser la relación más o menos estrecha que ligue al empresario público con el Estado. No se trata de efectuar una confrontación entre el régimen personal del empresario privado y el del empresario público, para sacar de ello consecuencias acerca del carácter o directamente la existencia de la empresa. Esta debe deducirse de la presencia objetiva del organismo de bienes materiales, de realizadores, factores de trabajo, de organización, etc., de que ya se ha hablado y puede, por tanto, subsistir incluso en los casos en que el ejercicio de la actividad de empresa haya sido efectuado directamente por el Estado (empresas no autónomas), viniendo éste (o un órgano suyo) a desempeñar en tal caso el puesto de empresario. Una vez admitido, como en la codificación italiana actual, que el Estado y los entes públicos pueden asumir la posición de empresarios (23), a nadie importa que en virtud de una ley o de un acto administrativo se precise el ente, su estatuto, el fin público especialmente confiado a él, las formas de control, etc.; el simple ejercicio organizado de una actividad mercantil denotará la existencia de la empresa (de mano pública), como en el campo verdaderamente privado, la repetición sistemática de actos típicos de empresa hace surgir la empresa, aunque no hayan sido observadas, por parte de quien le corresponde, las disposiciones relativas a la inscripción (y, por tanto, al nacimiento formal) de la empresa en el Registro. Este parece el único criterio que puede regir en la investigación de cuando exista una empresa en la ac-

(22) MOSSA, *Trattato*, vol. I, cit., pág. 235.

(23) Cód. civ. italiano, arts. 2.093 y 2.201.

tividad económica ejercida por la administración pública; de otro modo, se caería en una noción de empresa ilimitadamente amplia o privada de contenido sustancial, como se observó al principio, sobre todo porque se perdería de vista el substrato económico de la noción misma.

Tal criterio de individuación objetiva de la empresa puede parecer privado de resultado concreto —y éste es el límite más fuerte para la existencia de la noción de empresa— cuando la reglamentación administrativa del ente sujeto de la empresa es capaz de comprender no únicamente el sujeto en sí (por ejemplo: ente público creado para el ejercicio de una empresa mercantil, sociedad mercantil pública), sino también el modo de desenvolvimiento de la actividad de la empresa, la esfera de los terceros a los que la actividad va destinada o con los que la empresa llega a relaciones jurídicas, la naturaleza de estas relaciones y el régimen de relaciones de trabajo en el seno de la empresa, etcétera; en resumen, todos aquellos casos en que la propia *empresa*, como tal, es objeto de las disposiciones administrativas. Si, en efecto, el carácter típico de la actividad de la empresa, como actividad mercantil, no ha sido alterado por la disciplina pública del ente, si tal actividad está destinada a la ventaja o servicio de la generalidad, o bien está dirigida al «mercado general», si el derecho propio de las relaciones de la empresa con terceros es el derecho privado, si las relaciones de la empresa con sus dependientes están reguladas por el derecho del trabajo, no hay duda de que se trata de una empresa comercial; cuando, sin embargo, faltasen en todo o en parte estos presupuestos (la falta de uno podría ser acaso compensada, dentro de ciertos límites, por una más señalada presencia de los otros), y sobre todo si faltase el imperio del derecho privado en las relaciones de la empresa con el público, si así sucediese, no serían contratos, sino servicios o relaciones de hecho o de asistencia, fundados sobre una organización de derecho público y no de derecho mercantil, «se perdería el carácter comercial y la estructura comercial necesarias de la empresa» (24).

En consecuencia, el criterio determinante es ofrecido por la naturaleza de la actividad, en sus reflejos internos y externos, de la empresa. El código civil italiano somete a la disciplina prevista para la empresa a los entes públicos que tienen por objeto exclusivo o principal una actividad comercial, o sea como fuere limitadamente a la empresa por ellos ejercida; precisamente porque resulta normalmente difícil señalar cuándo en un ente público existe prevalencia del fin público verdadero y propio o del fin comercial (que es, sin embargo, mediatemente, público si es perseguido por tales entes), es necesario seguir un criterio objetivo de individuación de la empresa y de determinación de la naturaleza de su actividad.

(24) Mossa, *Trattato*, vol. I, cit., pág. 236.

Concluyendo, pues, y haciendo relación a cuanto se ha observado, puede afirmarse que frecuentemente ocurre en los escritores el equívoco de extender la cualidad del empresario (público) a la empresa por él ejercida; se debería entonces hablar de empresa pública como de un concepto jurídico nuevo, pero de su elaboración no es dado encontrar rasgo alguno. La equivocación surge precisamente de considerar el complejo fenómeno unilateralmente, únicamente desde el punto de vista del titular de la empresa, como si la figura del empresario agotase el concepto y la realidad de la empresa misma. Se ha intentado esclarecer aquí, por el contrario, que fuera de la noción general de empresa, no pueden construirse figuras análogas adaptadas específicamente a las exigencias de la administración pública; o tales nociones incurren no sólo formalmente (en lo que concierne a la estructura social del empresario: sociedad por acciones), sino también sustancialmente, en las figuras típicas del derecho privado, o no se puede hablar de empresa.

La adopción del criterio de averiguación trazado en el curso de esta rápida exposición puede hacer superar la incertidumbre que es frecuente encontrar en los escritos sobre el tema, debida a una consideración principalmente subjetiva de la materia, a la importancia dada a algunos elementos (como el fin de lucro o el encuadramiento sindical de los entes públicos que ejercen una actividad económica, o el ejercicio de la actividad en régimen de libre concurrencia, etc.), que a veces no son interesantes a los fines de una construcción sistemática de estos fenómenos (25). Recuérdese por todo ello —también a fin de demostrar que el criterio aquí adoptado es susceptible de aplicación práctica— las divergencias manifestadas con relación al ejercicio de una actividad económica desplegada por la administración pública en régimen de monopolio (de derecho, se entiende) que por muchos autores es considerada como fuente exclusivamente de relaciones de derecho público; comprende este campo las normas puestas como tutela del régimen de monopolio, las cuales establecen sanciones para quien intente infringir tal régimen, pero el ejercicio de la actividad objeto del monopolio puede, sin duda —cuando en ella concurren los requisitos ya expuestos—, dar lugar a una actividad de derecho privado, y en consecuencia, puede dar lugar a la aparición de una empresa. Como se aclarará mejor a continuación hablando más particularmente de los fenómenos de nacionalización —que desde el punto de vista jurídico es posible aproximar a los del monopolio—, la actividad realizada por este tipo de empresa frente a la generalidad es esencialmente en efecto actividad de derecho privado, incluso si el margen de libertad reservado a los terceros y a

(25) Para un examen particular de estos elementos, cfr. TREVES. ob. cit.

la empresa misma, en la estipulación de las relaciones jurídicas entre ellos, es reducido a los términos mínimos (26).

IV.—Las consideraciones hasta aquí desarrolladas se han dirigido sobre todo a los principales tipos de empresa determinados en aquellos países en que la intervención estatal en la economía se ha limitado a regular y modificar los efectos del sistema liberal, pero sin cambiar el sistema en sí. Frente al gradual afirmarse de nuevas formas organizadas de la economía y a los recientes procesos de nacionalización de las empresas relativas a las industrias de mayor interés («industrias-clave») en diversos países de Europa, oriental y occidental, así como frente a los problemas surgidos de la instauración de una economía socialista, KATZAROV (27) ha formulado la duda de la influencia que todo esto pueda ejercer respecto al régimen de los sujetos jurídicos del derecho mercantil, respecto a la oportunidad de reafirmar un sistema objetivo de tal derecho y respecto a la autonomía, sobre todo legislativa, del derecho mercantil mismo.

No parece absolutamente —desde un punto de vista puramente jurídico— que puedan variar los criterios de clasificación y cualificación de las empresas nacionalizadas o que se desenvuelven en una ordenación económica socialista.

Su mayor compenetración en la esfera de acción estatal y su mejor y más inmediata correspondencia con los fines del Estado, no alteran en sí aquellos caracteres jurídicos mercantiles, que se ha visto, son propios de la empresa económica: también ellos se mueven esencialmente en sus relaciones con terceros, sobre un plano privado; también por

(26) Aceptando el criterio indicado, se hace menor la distinción (TREVES, obra citada, pág. 19) entre empresa pública (la que teniendo los requisitos de la empresa comercial se regula por el derecho privado, pero que asumiría la cualidad de pública en consideración a su titular) y empresa de derecho público (en cuyo ejercicio de actividad económica está regulado por el derecho público), dado que esta última no es técnicamente una empresa, faltándole aquellos caracteres de mínima individualidad respecto a la actividad pública en general. Pero se borra sobre todo la posibilidad de distinción (TREVES, ob. cit., pág. 113) entre empresas públicas y empresas privadas de la Administración pública; se dice, en efecto, que mientras es pública la empresa ejercida por la persona pública, es, por el contrario, privada la empresa ejercida por la sociedad privada, a pesar de la ingerencia y el control de la Administración pública. Ahora bien, si la determinación de los criterios por los que una persona jurídica ha de considerarse pública o privada tiene sin duda importancia, para los fines de la teoría general de las personas jurídicas, ninguna contribución puede aportar a ésta el hecho de que una empresa comercial ejercite uno u otro, ni puede darse a esta una calificación distinta según la naturaleza del derecho privado o de derecho público del sujeto que la ejerce en los límites considerados en el texto.

(27) Cfr. KATZAROV, *L'Etat-commerçant et les nationalizations*, en «Revue trimestrielle de Droit Commercial», enero-marzo 1950, págs. 20 y ss.

ello se llega a la configuración general de empresa que, según se ha visto, es plenamente hallable en la empresa de mano pública en general. Sufragan esta afirmación las opiniones de numerosos autores que han estudiado jurídicamente tanto la estructura de la economía soviética como algunas formas típicas de nacionalización de empresas (28). La subsistencia del derecho privado, en las manifestaciones fundamentales, en los actos típicos de esta empresa, está fuera de discusión; de su característica de ser normalmente regidos en forma institucional (con la consiguiente limitación de responsabilidad a los bienes de su exclusiva pertenencia, es decir, como en Rusia, con exclusión de los bienes que entran directamente en la categoría de medios de producción y son, por tanto, propiedad del Estado) (29), queda aún más individualizada la tendencia institucional de la empresa, de lo que se señalaba al principio, en el sentido de que ésta no es tanto el reflejo de la actividad personal del empresario cuanto —y ello aparece claro también en la economía libre, dado que el momento de su creación se aleja o aumentan sus dimensiones y su potencia— un sujeto económico de relaciones que en un cierto sentido, absorbe y anula la personalidad del empresario. No se puede decir, ciertamente, que este proceso se haya cumplido o deba cumplirse: el problema de la personalidad jurídica de la empresa está muy lejos de encontrar una solución, incluso en el plano teórico; pero indudablemente los ejemplos de empresas de mano pública, especialmente los últimos considerados, aproximan y facilitan la comprensión.

Todo el proceso de desintegración del aparato administrativo estatal de la actividad económica ejercida por el Estado y su organización en empresas más o menos autónomas, provocado por la necesidad de la libertad y agilidad propias de las formas jurídicas privadas, denota precisamente el carácter insuprimible de aquél. Por otra parte, la preocupación de KATZAROV de que el cambio producido en la esfera de los sujetos del derecho mercantil pueda socavar las bases de éste, no está justificada: está claro la insuficiencia de los sistemas subjetivos frente a los nuevos fenómenos de organización económica, y está clara, por otra parte, la necesaria influencia de los caracteres objetivos para la individuación de la empresa. Pero esto no significa —como se deduce de la exposición de KATZAROV— indispensabilidad del sistema objetivo: al contrario, la dificultad de interpretar rectamente las nuevas formas

(28) Cfr., entre los muchos autores, GORDON, *Système du droit commercial des Soviets*, Paris, 1933; MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., y también para el régimen de la empresa inglesa nacionalizada, J. GIRÓN TENA, *Diritto dell'economia di guerra in Inghilterra*, en «Nuova Rivista del Dir. Commerciale, Dir. dell'Economia, Dir. Sociale», 1950, I, págs. 171-177.

(29) KATZAROV, ob. cit., págs. 23-24.

económicas proviene del quitar puntos de apoyo al criterio de los actos objetivos de comercio, porque en tal caso se pierde de vista aquella mayor complejidad y unitariedad del fenómeno económico moderno, que la doctrina de la empresa ha intentado precisamente superar (30).

Por lo demás se ha asistido y se asiste, en la época moderna, a una cada vez mayor comprensión de la amplitud de desenvolvimiento del contrato debida inicialmente a la tipificación de las relaciones impuesta por las grandes empresas, y sucesivamente debida a una reglamentación desde lo alto de las relaciones mismas, por obra del Estado, que ha recogido el derecho producido por tales vías, o bien, más frecuentemente, ha limitado los excesos y los abusos. En uno y en otro caso, no se ha suscitado ninguna alarma (ni en realidad había motivo) por la desaparición del contrato y de la posibilidad de disciplina privada de las relaciones jurídicas entre particulares o entre aquéllos y el Estado; y, sin embargo, especialmente en el segundo momento, el de la intervención del Estado como supremo regulador de todas las relaciones económicas y sociales, era fuerte la impresión pública de que éstos recibían a través de todo un sistema de normas inderogables. No parece que la transformación estructural de la economía operada a través de la nacionalización y la socialización de las empresas pueda llevar a un total cambio del sistema jurídico. Incluso admitiendo la hipótesis de una extrema reglamentación de las relaciones jurídicas por parte del Estado, quedará siempre un margen muy amplio de libertad de acción para los particulares, en cuanto al contenido del contrato, o, por lo menos, en cuanto a su estipulación. Por tanto, partiendo de esta consideración fundamental, y reconociéndose por tales vías la subsistencia del fundamento privado de las relaciones económico-jurídicas, el fenómeno de la empresa nacionalizada o socializada desempeñará un papel muy importante a los efectos de disminuir o eliminar los defectos de la economía clásica, pero no vendrá a destruir el sistema jurídico en cuyos esquemas ésta reposa y las nuevas formas de la economía se cimentan. Las nuevas orientaciones económicas deben ser consideradas a la luz de esta realidad jurídica, en la cual se determinará también la exigencia de cambios de los sistemas de codificación (me refiero a los objetivos), pero no ya en base y solamente por efecto de tales nuevas orientaciones, cuanto más por efecto de la consideración —válida en todo sistema jurídico— de aquella realidad jurídica y social representada por la empresa, cuya noción y cuyo sistema están además abiertos a toda otra más sensible impronta social de la economía.

(Trad. de E. SERRANO GUIRADO.)

(30) Cfr., MOSSA, *Trattato*, vol. I. y *L'impresa ecc.*, citados.

