

Privatización y Reprivatización

Fernando Garrido Falla

Texto tomado de la Conferencia pronunciada con motivo del Congreso Internacional sobre Transformación del Estado, el 13 de mayo de 1991 en Buenos Aires, Argentina)

LA PUBLICITACION DEL DERECHO

1 Hace cabalmente noventa años, quien fue gran maestro francés del Derecho Administrativo, Leon DUGUIT, pronunciaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires una serie de conferencias que luego se publicarían bajo el título *Las transformaciones generales del Derecho privado*. Su postura -radical e iconoclasta, como es característica de su obra- quedaba establecida desde el principio, casi precediendo a las usuales palabras de salutación: "En la primera conferencia -decía al comenzar la segunda- me he limitado a mostrar cómo el sistema jurídico civilista debe forzosamente desaparecer de nuestras sociedades modernas. He añadido que la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista tiene una contradicción en sí, que el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia, que en ciertas épocas ha respondido a una necesidad social, pero que hoy en día su reino ha terminado. También he dicho que en todos los países modernos se elabora un nuevo sistema jurídico fundado en una noción de orden puramente realista y verdaderamente socialista: la función social".

Resulta curioso -no digo sorprendente, porque los cambios históricos ya no sorprenden a nadie- que estemos aquí reunidos para hablar de la privatización, que es tanto como venir a rendir homenaje a ese "sistema jurídico civilista", que por lo visto, estaba forzosamente destinado a desaparecer de las sociedades modernas y que, sin embargo, parece gozar hoy de buena salud.

Tengo que confesar -ya que la ocasión y el momento son propicios para ello- que no es la primera vez que me ocupo de criticar, y al mismo tiempo dejarme

arrastrar, por el vendaval jurídico que la obra de DUGUIT representa. Precisamente en 1953 pronuncié un ciclo de siete conferencias en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid publicadas con el *duguitiano* título de *Las transformaciones del derecho administrativo*, del cual se hizo una segunda edición en 1962. Mi propósito entonces fue subrayar lo que, a mi juicio, había de positivo y de negativo en la tesis de DUGUIT.

Para empezar, me mostré particularmente duro con su intento de acabar con la noción de derecho subjetivo que él consideraba (aunque nunca he sabido por qué) "una noción metafísica". Es conocida la irónica afirmación de IHERING: jamás he tenido que saludar, al cruzármela en la calle, a una persona jurídica. Pero el alemán se situaba en el plano del humor, como el propio título de su obra delataba: *Ernst und Scherz in der Jurisprudenz* (traducida al castellano con el también significativo título de *Jurisprudencia en broma y en serio*). Pero el tema de los derechos subjetivos no admite bromas: ¿quizá por su "carácter metafísico"? Responde al papel que el individuo, es decir, la persona, juega en el Ordenamiento Jurídico. Afirmar, por consiguiente, que cada individuo ocupa su puesto en la sociedad y que, por consecuencia, debe realizar una serie de funciones que le son exigibles, coincide en los resultados -aunque el *substratum* ideológico sea bien distinto- con la teoría de la *Rechtsstellung* con la que la doctrina nacionalsocialista vino también a sustituir el concepto de derecho subjetivo.

Aparte de esta discrepancia fundamental, hay que admitir que el diagnóstico de DUGUIT, en cuanto a la evolución del derecho subjetivo hacia una situación estatutaria, se ha cumplido cuando menos en dos significativas parcelas: la de la situación jurídica del funcionario público y la del propietario del suelo (urbano y no urbano).

2. Por lo que se refiere a la función pública, hay que reconocer que la formulación de DUGUIT no sólo ha perdido su vigencia, sino que, en estos momentos, es sacralizada por nuestro Tribunal Constitucional, convirtiéndose -quizá demasiado acriticamente- en la única fuente de inspiración de sus decisiones. La situación estatutaria del funcionario público significa simple y llanamente que el funcionario -investido de tal cualidad en virtud de un "acto-condición"- no tiene otros derechos y obligaciones que los que el ordenamiento jurídico, el estatuto de la función pública, le confiere. Ahora bien, el estatuto (aprobado por ley o por decreto, según los casos) es norma jurídica unilateralmente derogable o modificable por el Parlamento o por la Administración; un *ius variandi* frente al que no cabe oponer derechos adquiridos (Sentencia 108/86, sobre adelanto de edad de jubilación de Jueces y Magistrados; Sentencia 99/87, sobre adelanto de edad de jubilación de los funcionarios en general; Sentencias 41/90 y 42/90, sobre incompatibilidades, etc.).

3. Por lo que toca a la propiedad, ese *ius utendi atque abutendi* de los romanos, *droit inviolable et sacré*, según el artículo 17 de la Constitución republicana francesa de 1793 ¿acaso no encuentra delimitado su contenido por la función social que le atribuye, por ejemplo, el artículo 33.2 de la Constitución española?

Cuando se trata de la propiedad del suelo es el propio contenido esencial del derecho el que se encuentra frontalmente agredido. No existe, según nuestras leyes, un *ius aedificandi* del propietario que encuentra sus limitaciones externas (en su ejercicio) en el planeamiento urbanístico; por el contrario, es el Plan el que, al calificar el suelo, atribuye al propietario las facultades que puede ejercitar. Es el Plan, dicho más directamente, el que enriquece o arruina al propietario del suelo.

No debe sorprender, por consiguiente, que tanto la doctrina como la jurisprudencia admitan que el propietario (como si de un funcionario público se tratase) se encuentra en una situación estatutaria. Como nos dice una Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987: "Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la Ordenación Urbanística, siendo, pues, lícita la modifica-

ción de ésta". La Sentencia de 20 de marzo de 1990 extrae, en breve fórmula, las últimas consecuencias: "frente al Plan no hay derechos adquiridos". Ni, por tanto, nos advertirá para disipar dudas el artículo 87 de la Ley sobre Régimen del Suelo, derecho a indemnización si tales derechos se merman como consecuencia de la modificación del Plan.

4. En resumen: el diagnóstico de DUGUIT apuntaba en la dirección correcta. Desde comienzos del siglo a nuestros días el Derecho administrativo ha ido ganando terreno al Derecho civil. Muchas actividades antes libres están ahora reglamentadas; nada es posible, sin la autorización administrativa previa; los nostálgicos como RIPEKT, anunciaron hace tiempo *le déclin du Droit*; los más realistas, como MANNHAIM, rizaron el rizo para demostrar que "planificación" y "libertad" no son conceptos incompatibles. Pero, sin que el impulso de esta tendencia se haya agotado ¿no se advierte ya el reflujó? ¿Es ahora la fórmula mágica la privatización?

LAS RELACIONES SOCIEDAD-ESTADO

Fue también en un trabajo de juventud cuando tropecé con un libro de D. SCHINDLER *-Verfassungsrecht und soziale Struktur-* que durante algún tiempo tomé como guía para ordenar mis ideas en torno al tema crucial de las relaciones entre Estado y Sociedad. Aunque, desde un punto de vista metodológico, es posible separar el estudio de ambos conceptos, éstos forman parte de una realidad única total en la que aparecen tan unidos como los glóbulos rojos y blancos en la sangre. Si intentamos determinar cuál es el elemento activo, aparentemente atribuiríamos esta condición al Estado, cuya voluntad ordenadora se manifiesta a través del Derecho; pero, en realidad, ambos elementos son activos, para comprender lo cual basta con pensar en cómo la norma jurídica emerge tantas veces como resultado de las presiones sociales.

En realidad, lo que existe es una "relación de compensación"; cuando las fuerzas sociales consiguen el equilibrio social, las normas jurídicas se limitan a asegurar, reforzar o componer orgánicamente los factores extrajurídicos de la sociedad; son las normas de Derecho privado, cuyo objetivo no es conformar la sociedad, sino reforzar lo que hace;

son normas paralelas. Las normas de Derecho público son, en cambio, complementarias y surgen cuando se trata de conseguir por vía de intervencionismo estatal aquello que no se alcanza por el libre juego de las fuerzas sociales.

Aunque esto nos recuerde el "principio de subsidiariedad", obsérvese la diferencia que los separa: mientras que este último tiene una connotación política y axiológica, la explicación de SCHINDLER es aséptica, objetiva e imparcial.

"...el Estado debe prestar, aun bajo déficit, los servicios esenciales, si son intransferibles. No debe proporcionar, aun con superávit, los servicios que pueden prestar los particulares."

Se limita a explicar cómo ocurren las cosas en el terreno de las relaciones "Sociedad-Estado-Derecho".

2. Una ojeada histórica nos enseña cómo, cada vez más, las normas complementarias sustituyen a las paralelas (con lo que trazáramos una evolución que coincide con la expuesta en el apartado anterior). En efecto, ya HAURIUO enseñaba que la historia de los pueblos demuestra un proceso irreversible que les conduce de la aristocracia al imperio administrativo, pasando por la democracia.

En su pequeña historia sobre *Los servicios públicos en Europa*, E. BARKER advierte cómo el estado, a comienzos de la Epoca Moderna, se explicaba mediante tres conceptos: familia, propiedad y sociedad. Y, por supuesto, hay que reconocer que tanto las alianzas internacionales (pactos familiares entre las monarquías reinantes), como la propia unidad nacional (caso típico de España, donde el proceso culmina por la unión matrimonial de los Monarcas de Castilla y Aragón) se explican utilizando conceptos de Derecho privado, es a partir de la Revolución francesa -especialmente, por la fuerza expansiva de la idea de soberanía nacional- cuando aquellos conceptos hacen crisis.

Por lo que se refiere a las relaciones

entre Sociedad y Estado, los 150 años que transcurren desde los comienzos del constitucionalismo hasta la mitad del siglo XX nos ofrecen un completo ciclo histórico de la transformación del estado abstencionista (dominado por el dogma fisiocrático del *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*) al Estado Social de nuestros días; una transformación que es simultáneamente consecuencia de la ideología y de los hechos. Entre nosotros, JORDANA DE POZAS gustaba de

subrayar la paradoja de que la extensión de los servicios sociales en Europa se produjo, en la Europa anterior a la Primera Gran Guerra, bajo Gobiernos liberales y conservadores: Disraeli, en Inglaterra; Bismarck, en Alemania, y Dato, en España.

Empero, dejando aparte datos anecdóticos, lo que resulta significativo subrayar es el vuelco que se ha producido en las relaciones entre el Estado y la Sociedad. Como ha puesto de relieve FORSTHOFF, la intervención administrativa o el servicio público se justificaban únicamente en cuanto que fallaba la iniciativa particular en orden a la satisfacción de una determinada necesidad pública. Hoy, en cambio, la sociedad constituye cabalmente el primero de los problemas a tratar por el Estado. No se parte de la sociedad, sino que se comienza por poner en tela de juicio la justicia misma de su configuración. El estado intenta ahora configurar la sociedad de acuerdo con una previa idea de justicia, por lo que, en primer término, la finalidad de la actuación administrativa se hace social. Este es el sentido que hay que asignar a la hoy tan traída y llevada "justicia social", cuya temática es de tan ineludible vigencia para la mentalidad contemporánea que no hay Estado que no predique de sí mismo, al darse su Constitución, el ca-

lificativo de social, ni partido político que, incluso por razones de propaganda, no utilice el propio calificativo. La Constitución española de 1978 no podía desconocer esta preocupación: "España se constituye en un estado social y democrático de Derecho..." (art. 1º).

Para alcanzar estos fines, una nueva Administración ha aparecido en escena y una terminología, debida a FORSTHOFF, ha hecho fortuna: *Verwaltung als Leistungsträger* (Administración prestadora) para alcanzar una satisfacción global de las necesidades humanas, una "procura existencial" (*Das-seinvorsorge*), como se ha convenido en traducir al castellano.

LA ADMINISTRACION PRESTADORA DE SERVICIOS Y LA EMPRESA PUBLICA

1. La evolución que conduce a la Administración prestadora de servicios presenta perfiles específicos en función, cabalmente, de la clase de servicio asumido. Hay que distinguir, por tanto, según se trate de servicios asistenciales, de servicios económicos y, en fin, de actividad económica o comercial que no tenga necesariamente naturaleza de servicio público.

La distinción adquiere particular importancia si nos encaramos después con el fenómeno de las privatizaciones; pues, en definitiva, se tratará entonces de invertir el signo de un proceso ya conocido.

2. Veamos, pues, los rasgos característicos en cada caso.

La Administración como prestadora de servicios asistenciales. Son muy diversas las razones que determinaron la asunción por parte de la Administración Pública de los llamados servicios asistenciales o sociales, es decir, aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad; beneficencia, sanidad y educación. Es cierto, por ejemplo, que los servicios de beneficencia se imponen como una obligación estatal cuando la Iglesia pierde la posibilidad de realizar estos cometidos, primero en los países protestantes con motivo de la secularización de las fundaciones religiosas que siguió a la Reforma y, después, en los países católicos durante el período de la desamortización. Igualmente, en materia de educación, al abrirse paso en to-

dos los Estados el principio de la enseñanza general y obligatoria, se percibió la necesidad de un adecuado servicio estatal (o a cargo de otras Administraciones Públicas) para hacer factible tal exigencia.

Debe de observarse -por contraste con lo que luego se dirá- que la aparición de estos servicios públicos no comportaba necesariamente el monopolio administrativo de tal tipo de actividad. Ni los servicios públicos sanitarios o de beneficencia, ni la aparición de un sistema administrativo de enseñanza pública implicaron la prohibición a los particulares de montar actividades paralelas. Sólo excepcionalmente, y en relación a la enseñanza, llegó a propugnarse la necesidad política del monopolio estatal por obvias razones de sectarismo ideológico.

Cabalmente, es este carácter no monopolístico del servicio el que determina que en su gestión no tenga cabida en su sentido riguroso la fórmula concesional; pues la concesión surge allí donde la Administración se reserva la titularidad de una actividad con prohibición a los particulares del libre ejercicio de la misma. Ni las escuelas, ni los hospitales privados son concesiones administrativas.

La Administración como titular de servicios de carácter económico. Frente a lo que ocurre con los servicios de tipo asistencial, la característica de los que ahora nos ocupan está en la posibilidad de su explotación económica. De aquí la dificultad teórica que, durante la vigencia política del Estado liberal, había de representar todo intento de atribución de estos servicios a la Administración pública. He aquí por qué la fórmula de la concesión vino a suponer la obligada solución de compromiso en estos casos: respetaba la explotación del servicio -en cuanto empresa económica- en manos de un particular (o concesionario) y simultáneamente establecía el dogma de la titularidad administrativa del servicio (a favor de la Administración concedente). Es la fórmula del "concesionario interpuesto".

Hay que insistir, por tanto, en que la concesión no se concibe como uno más entre otros posibles modos de gestión (sobre todo, como una disyuntiva frente a la posibilidad de gestión directa), sino como algo consustancial al sistema. Así se explica que la conquista del concepto por la ciencia administrativa no fuese necesariamente acompañada de una

distorsión del esquema fundamental de las relaciones entre el Estado y la economía vigente en el siglo XIX.

La Administración como gestora de empresas económicas. Pero lo que representa un riguroso cambio en el perfil funcional de la Administración Pública moderna no es tanto la declaración de titularidad sobre determinados servicios económicos, cuanto la consagración de la competencia para gestionarlos directamente.

Debe reconocerse que ya en la etapa anterior la Administración mantenía en forma excepcional la explotación directa de determinadas empresas económicas, bien como una herencia de antiguas propiedades de la Corona, bien como simples monopolios fiscales, sin otra justificación que la de conservar una fuente de ingresos para el Tesoro. En estos casos se equiparaba a tal punto esta actividad con la realizada por los particulares que apenas se hacía eco de ella la doctrina jurídico-administrativa.

En cambio, la situación es radicalmente diferente cuando la actuación económica empresarial es asumida por la Administración movida por razones de interés público. Tanto si la asunción se produce respecto de actividades ya declaradas "servicio público" cuanto si se hace sin esta previa declaración, estamos ante un supuesto de acción administrativa con el que necesariamente, en su conjunto, hay que encararse desde el ángulo especial que proporcionan los criterios del Derecho público y aun cuando un sector de esta actividad se desarrolle bajo formas de Derecho privado. Ahora sí puede hablarse de una auténtica quiebra del sistema tradicional de las relaciones entre el Estado y la economía.

El fenómeno ha producido su impacto en el propio campo del Derecho administrativo, donde la expresión servicio público, cuando su contenido es económico, viene a ser reemplazada, como categoría más comprensiva, por la de "empresa pública". De momento, sólo nos interesa señalar que la aparición de estas empresas se debe -como ha observado FRIEDMANN- a razones que le prestan un fundamento múltiple: en primer lugar, por la necesidad de suplir las inversiones privadas en países de escasa capitalización; en segundo lugar, como consecuencia de la extensión cada vez más considerable de las concepciones políticas socialistas; finalmente,

por una combinación de motivaciones políticas y prácticas.

3. No debe extrañar, por consiguiente, que una de las polémicas doctrinales más apasionadas, que tiene su apogeo a mediados de siglo, es la relativa a la supuesta crisis de los conceptos -hasta cierto punto correlativo en el Derecho administrativo francés- de "servicio público" y "establecimiento público" (entendiendo por éste el servicio público personificado). Porque si la actividad económica pública se disocia del servicio público (porque ahora su justificación se encuentra en una ideología política: sustituir el capitalismo privado por el capitalismo de Estado), consecuencia lógica será que se rebautice también el instrumento operativo: la empresa pública nace así como contrapunto de la empresa privada, que, para muchos, debe desaparecer o, cuando menos, ser reducida drásticamente. Y lo cierto es que el agrandamiento del Estado que esto significa va a producir, curiosamente, un tal abandono de las técnicas propias del derecho administrativo sistema jurídico, al fin y al cabo, de las prerrogativas del poder) para apropiarse las del Derecho privado: estas empresas públicas, en buena parte, toman la vestidura jurídica de las sociedades mercantiles. Lo cual se explica, si recordamos a RIVERO, por el hecho de que gran parte de las empresas públicas tuvieron su origen en la política de nacionalizaciones que tiene lugar en Francia después de 1944. Como dijo VEDEL, el Estado no solamente ha expropiado a los capitalistas sus empresas, sino también sus experiencias y sus fórmulas.

Desde el punto de vista jurídico, el resultado es un pequeño caos terminológico que resume la siguiente alternativa: 1) para unos, la empresa pública constituye cualquier forma de actuación industrial o mercantil del Estado; 2) para otros, la empresa pública es concepto que debe reservarse para aquellos supuestos en que el Estado actúa en forma de sociedad mercantil sometida al Derecho privado. Entre una y otra, un serie de posturas intermedias.

Quiero limitarme a decir que, en otras ocasiones, he tomado partido en este tema, y a ellas me remito. Ahora sólo quiero subrayar lo siguiente: 1º) que el nacimiento y multiplicación de las empresas públicas tiene dos orígenes paralelos y diferenciados: las nacionaliza-

ciones y la creación ex novo de empresas (directamente por el Estado o a través de entes instrumentales de carácter fundacional que yo he denominado -creo que por primera vez en España- "descentralización funcional"); 2º) que la ruptura del régimen jurídico unitario que presidía tradicionalmente (con explicable excepciones) la actuación y la propia organización administrativa ha justificado la introducción de un nuevo concepto, el "sector público", que viene a complicar el caos terminológico a que

presentaba el contrapunto de la economía de mercado. En un último y paradójico intento por demostrar la verdad de la teoría marxista -que la ideología constituye la superestructura de la realidad económica-, la desastrosa situación de ésta pone en peligro de extinción a aquella. Un vendaval, quizá precipitado, de privatizaciones y, sobre todo, una carencia absoluta de equipos humanos capacitados para introducir la economía de mercado, constituyen hoy, seguramente, el último balón de

"...no puede haber privatización en las actividades estratégicas del Estado sin reserva de los poderes de policía (control) y planificación (orientación)."

antes he aludido; 3º) en fin, ¿forman parte las empresas públicas en forma de sociedad mercantil de la Organización administrativa o son propiedad del Estado?

EL DESENCANTO DE LA EMPRESA PUBLICA: LAS PRIVATIZACIONES

1. Creo que me limito a constatar una realidad si afirmo que a mitad de siglo la estatalización de la economía contaba con el apoyo ilusionado de buena parte de la doctrina jurídico-administrativa. La Constitución francesa de 1946 proclamaba en el párrafo 9 de su Preámbulo: "Todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad" (obsérvese cómo, curiosamente, todavía se justifica la nacionalización con la idea de servicio público).

La recién fundada en España REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA dedicaba su número 3 (1950) a nacionalizaciones y empresas públicas: todos cuantos colaboramos en aquella "socializante aportación" lo hicimos con positivo entusiasmo.

Sin embargo, algo ha ocurrido desde entonces. Para empezar, se ha producido el hundimiento del gran "referente" histórico, político y económico que re-

oxígeno para prolongar los vestigios del sistema hasta ahora en vigor en la URSS y demás países del Este europeo.

La influencia de este tremendo acontecimiento histórico en los países democráticos no puede obviamente desdenarse. Pero las raíces del "desencanto nacionalizador" hay que buscarlas en la propia historia de nuestros pueblos. La experiencia parece demostrar que el Estado es un pésimo gestor económico; que la empresa pública sólo puede subsistir con la ayuda de los Presupuestos del Estado (es decir, del bolsillo de los contribuyentes), y que algunas ideas centrales de nuestros abuelos decimonónicos deben ser recuperadas; por ejemplo, la del "concesionario interpuesto".

Ahora bien, unas ideas arrastran a otras. La estatalización de la economía se ha producido simultáneamente con el nacimiento del "Estado de bienestar" (*Welfare State*); el Estado prestador de servicios existenciales cuya explicación jurídico-administrativa adquiere su máximo expositor en FORSTHOFF. ¿Resulta inevitable que la crisis del Estado-empresario conlleve la crisis del Estado prestador de servicios? O dicho de otra forma: ¿la privatización de la economía postula el fin, cuando aún está por estrenar muchas de sus posibilidades, del Estado social de Derecho?

Aunque adelanto mi opinión personal negativa, advierto asimismo que no es

éste nuestro tema. Aquí, y desde la óptica que hemos elegido, nos importa únicamente examinar los tres planos que, desde el punto de vista jurídico, presenta el fenómeno privatizador, a saber: 1) privatización en cuanto a la forma (organizativa y funcional) cómo el Estado desarrolla actividades industriales y mercantiles; 2) privatización en cuanto a la forma de gestionar servicios públicos tradicionales; y 3) privatización de la actividad.

Por lo que se refiere a la primera, ya ha sido estudiada. Es el tema de la actividad industrial y mercantil y constituye la paradójica emergencia de la empresa pública: se asumen (incluso mediante expropiación) actividades de gestión económica, con el riesgo propio de su explotación, pero se adopta la forma de Sociedad mercantil privada. Son los otros dos fenómenos privatizadores los que deben ocuparnos a continuación.

2. La privatización en cuanto a la forma de gestión de servicios públicos tradicionales -que, además continúan siéndolo- constituye la segunda fase de un proceso de "huida del Derecho Administrativo" (según la feliz expresión de CLAVERO), que se manifiesta como inherente a la creación de entes administrativos personificados, de carácter instrumental, cuyos fines e intereses son los mismos de la Administración pública que ahora se alcanzan empleando una fórmula descentralizadora. Lo característico de estas personas jurídicas administrativas estaba en que su régimen jurídico-administrativo se establecía en la propia norma que las creaba; por supuesto, un régimen jurídico singular, es decir, de excepción respecto del ordenamiento general (especialmente presupuestario y financiero) aplicable a la Administración. La idea germinal ya estaba sembrada: para actuar con flexibilidad y eficacia en la satisfacción de las necesidades públicas había que escapar del estrecho corsé que los procedimientos administrativos (en especial, la fiscalización económica interna) representaban.

Esta situación -que, por cierto, deriva hacia el caos- se recompone en parte, por lo que al Derecho español se refiere, con la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y, posteriormente, con la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido de 1988).

Pero faltaba por dar el segundo paso en esta búsqueda de la singularidad. Lo que ahora produce es una auténtica

apostasía del Derecho administrativo. Invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del Derecho administrativo; pues lo que ahora se quiere no es un régimen jurídico-administrativo singular, sino un sometimiento casi total al Derecho privado. Resulta ocioso añadir que ahora no estamos hablando de actividades empresariales en manos de los servicios burocráticos del Estado.

Merece la pena detenerse en la forma como se produjo esta transformación.

Advirtamos, por lo pronto, que los instrumentos jurídicos utilizados para las reformas orgánicas que nos toca examinar son los Presupuestos Generales del Estado. Lo cual puede parecer sorprendente si se tiene en cuenta el "carácter anual" que a los dichos presupuestos reconoce el artículo 134 de la Constitución española; pero es el caso que una generosa interpretación de nuestro Tribunal Constitucional (baste como botón de muestra la Sentencia de 21 de mayo de 1987) ha extendido el ámbito aplicativo de los Presupuestos Generales del Estado en una doble dirección: 1) Por una parte, admitiendo que en su articulado se introduzcan normas que no siempre constituyen la instrumentación necesaria para que puedan realizarse las previsiones económicas contenidas en los estados de gastos e ingresos que fundamentalmente constituyen la naturaleza intrínseca de los presupuestos; la única exigencia, por poner alguna, que el Tribunal Constitucional establece es que exista una relación directa con los contenidos económicos del presupuesto. 2) En segundo lugar, se ha acabado con la vigencia anual de la parte normativa de los presupuestos (primero, admitiendo que tales normas intemporales se añadan como disposiciones adicionales; finalmente, admitiéndolas en el cuerpo articulado de la Ley).

Supuesto lo cual, nuestras Leyes de Presupuestos Generales - convertidas en auténticas "Leyes-miscelánea" - sirven para modificar anualmente algunos de los textos básicos de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo: Ley de Contratos del Estado, de Patrimonio del Estado, General Presupuestaria, de Funcionarios Públicos, de Clases Pasivas, etc.

Pues bien, por referirme sólo a los ejemplos más recientes, recordaré que un estudio de A. PALOMAR (uno de mis colaboradores) sobre los Presu-

puestos del Estado de los últimos diez años demuestra que, frente a la supresión de 69 Organismos Autónomos (art. 85 Ley de Presupuestos para 1985), que se justifica como consecuencia de la transferencia de competencias de la Administración Central a las Comunidades Autónomas, se crean en las sucesivas Leyes Presupuestarias ("por refundición") 21 nuevos Organismos Autónomos (entre los cuales la Administración Tributaria del Estado; curioso fenómeno sobre el que habremos de volver). Debe subrayarse que la fórmula personificadora de Organismos Autónomos no se utiliza aquí para la gestión de actividades de significada importancia económica, "si acaso, es un primer paso para la transformación en entidades de carácter societario sometidas al Derecho privado, ya que parece que éste es un paso más sencillo que el desgajamiento de la Administración general" (PALOMAR); lo cual no empecé para que entre 1985 y 1990 se hayan constituido, por sendos acuerdos del Consejo de Ministros, otras 13 empresas en forma de "sociedades anónimas con capital estatal" (por ejemplo, la "Barcelona Holding Olímpico, S.A.", "MERCASA" o "Tele-Expo, S.A.").

Si intentásemos sintetizar las notas típicas del régimen jurídico de los nuevos Organismos Autónomos, podríamos formularlas así: 1) se trata de establecimientos públicos (Organismos Autónomos, si preferimos la terminología de la Ley española de 1958), es decir, no adoptan la forma de Sociedad Anónima Mercantil; 2) en sus relaciones económicas con terceros quedan sometidos al Derecho privado, por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Estado (que sólo tendrá carácter supletorio); 3) en fin, en cuanto a su personal, se advierte una progresiva sustitución del Derecho funcional (que se convierte en "residuaria") por el Derecho laboral, que curiosamente - y puede que aquí esté una de las claves de la transformación - ofrece su generosa acogida a quienes, siendo funcionarios públicos de carrera, renuncian a la situación "en activo" para pasar a la excedencia voluntaria.

Empero, los ejemplos más curiosos de la que me atrevería a denominar "nueva descentralización funcional privatizadora" se encuentran en la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1991. Creo que basta con

aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1991. Creo que basta con una referencia ejemplificadora a los siguientes: 1) Correos y Telégrafos; 2) Entidades colaboradoras del Ministerio de Justicia, y 3) Agencia estatal de Administración Tributaria.

Veamos algunas de sus características.

a) Tradicionalmente el Servicio de Correos es uno de los, en todos los Estados modernos, regidos directamente (en régie) por el Estado, mediante prestaciones *uti singuli*, y mediante el pago de una tasa que el particular usuario realiza con efectos timbrados (los sellos postales). Pues bien, en adelante será un Organismo Autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado y con plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines. Lo que hemos llamado "huida hacia el Derecho privado" se refleja cuando la Ley dispone que "podrá adquirir, poseer, arrendar y enajenar bienes de cualquier clase, sin que sea aplicable el artículo 84 de la Ley del Patrimonio del Estado"; y se establece asimismo que la contratación se realizará "en régimen de Derecho privado, sin perjuicio de las funciones de coordinación que en materia de suministros informáticos puedan corresponder a Organos de la Administración del Estado".

Hay que admitir que a esta situación se llega como consecuencia del deficiente funcionamiento del servicio de correos en los últimos años (un servicio, por cierto, que tradicionalmente ha funcionado de forma ejemplar); lo cual ha dado lugar en España al florecimiento de toda clase de empresas privadas que, en competencia con el servicio estatal, han venido transportando correspondencia y toda clase de paquetes y documentos con una envidiable rapidez y eficacia. Creo que la principal consecuencia de la reorganización consiste en que el funcionamiento de tales empresas privadas, de dudosa cobertura legal, viene ahora a legalizarse: para su funcionamiento basta ahora una autorización administrativa, ni siquiera la figura concesional.

b) Es asimismo un deseo de acelerar el desesperadamente lento funcionamiento de la Administración de Justicia lo que justifica la autorización que se concede en la Ley de Presupuestos al Ministro de Justicia "para formalizar convenios de colaboración con entidades de Derecho público a las que se enco-

mienda la gestión de obras y suministros que deban de realizarse en ejecución de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial". Hay que suponer que estas entidades de Derecho público se van a convertir en las gestoras ordinarias de las obras públicas a cargo del citado Ministerio de Justicia; pues como en la Ley se aclara, el Ministerio de Justicia "podrá conferir por sustitución el encargo de cuantas funciones gestoras correspondan a sus órganos de contratación

lectura de la última parte del precepto no deja de ser preocupante, pues buena parte de esas "exigencias formales" que se trata de suprimir no dejan de ser garantías del contribuyente.

Pero hay que insistir en que lo auténticamente peculiar de la nueva Agencia es su doble condición de persona jurídica pública y privada. Así es que en el desarrollo de sus funciones públicas de gestión, inspección y recaudación está sometida a la Ley General

Si planificación y libertad no son conceptos incompatibles, ¿es ahora la fórmula la privatización?

y adjudicación de las obras, así como el seguimiento de éstas, el informe para su recepción definitiva y la atención del servicio de gestión de pagos a las certificaciones que correspondan a las empresas constructoras".

c) Pero, sin duda alguna, la suprema novedad organizativa que nos ofrece la Ley de Presupuestos para 1991 está constituida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Lo que ahora se descentraliza y privatiza es algo que siempre ha estado unido a la esencia misma de las funciones nucleares del Estado: la recaudación de impuestos.

La Agencia constituye (empezando por su propia denominación anglosajona *agency*) una auténtica nueva especie organizativa. La Ley subraya su personalidad jurídica propia y su doble capacidad jurídica, pública y privada. Porque, en efecto, al establecer su finalidad y funciones lo que la Ley hace es simple y llanamente describir una auténtica porción de lo que tradicionalmente se entiende por Administración Pública: "Corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria - dice la Ley - desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los contribuyentes, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material, que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias". Por cierto que la

Tributaria y a la Ley de Procedimiento Administrativo y, por consiguiente, sus actos son actos administrativos "recurribles en vía económico-administrativa y fiscalizables por la Jurisdicción Contencioso-administrativa". por contraste, el sometimiento al régimen jurídico privado aparece concretamente en materia de contratación y laboralización de su personal, para cuya selección se conceden amplias facultades a la Agencia y, desde luego, una discrecionalidad absoluta en relación con el nombramiento del personal directivo. Por cierto que lo que más sorprende es el régimen especial de las retribuciones tanto del personal funcionario como del laboral de este Organismo tan singular, que se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes anuales de presupuestos. La sospecha es obvia: ¿estará aquí cabalmente la razón última de la reforma organizativa cuyos rasgos fundamentales se están examinando?

3. Por lo que se refiere a la privatización de la actividad, creo que puedo enseñar poco a un público de oyentes argentinos, en buena parte especializados en el tema, y que en todo caso están viviendo este tipo de fenómeno privatizador. El Presidente Menem, en colaboración con el Profesor DROMI, nos explican en su libro *Reforma del Estado y Transformación Nacional* (Buenos Aires, 1990) el papel que la privatización juega en la Ley 23696, sobre Reforma del Estado y Reestructuración de Empresas Públicas.

Las que enumero a continuación son las notas más significativas que para un

no argentino - que tampoco admite el calificativo de extranjero, dado nuestro parentesco - resultan de la lectura del citado libro. Por lo pronto, aprendemos que el término "privatización" debe ser entendido en un sentido amplio, en cuanto que abarca no sólo la privatización en sí misma, sino que es un "concepto genérico que implica la transferencia o devolución de la responsabilidad y/o gestión de una actividad del sector público al sector privado". En la Ley 23696, por cierto, se enumeran las empresas sujetas a privatización total o parcial, concesión total o parcial, provincialización total o municipalización. Cuento en total 39 empresas más las que genéricamente pueden considerarse incluidas entre los "medios de comunicación administrados por el Estado" y servicios de prestaciones culturales, recreativas y mantenimiento urbano de la municipalidad de Buenos Aires.

Obviamente, omito cualquier opinión valorativa sobre el tema; en primer lugar, porque carezco de elementos de juicio para ello; en segundo lugar, porque "más sabe loco en su casa que cuerdo en la ajena" y, por supuesto, por lo que conozco de los autores del proyecto y por respeto, en un caso, y por amistad en otro, a ninguno se me ocurriría llamarle loco.

Sin embargo, desde un punto de vista puramente técnico-jurídico, me creo obligado a hacer las siguientes observaciones:

a) Los límites de la privatización están perfectamente trazados cuando se afirma que no se trata de "una opción entre lo deficitario y lo rentable". Como bien se dice: "el Estado debe prestar aun bajo déficit los servicios esenciales, si son intransferibles. No debe proporcionar, aun con superávit, los servicios que pueden prestar los particulares". Y a continuación se añade que no puede haber privatización en las actividades "estratégicas del Estado sin reserva de los poderes de policía (control) y planificación (orientación)".

b) Concebida la privatización como un proceso de "desnacionalización" es absolutamente correcto que se someta al procedimiento de licitación pública. Cualquier otro procedimiento generaría automáticamente un posible foco de corrupción administrativa.

c) En fin, asumido el concepto amplio de privatización y concebido, además,

como un instrumento dentro de la amplia finalidad de la Ley 23696, se advierten una variedad de grados de intensidad en el proceso privatizador que van desde la privatización total o parcial de los servicios (incluida la liquidación de empresas y sociedades en poder del Estado) hasta la locación o administración de las mismas a particulares, pasando por los grados intermedios que significan la concesión, la licencia y el permiso, la provincialización, la municipalización o la cooperativización.

En cualquier caso, la nota común se encuentra en un tremendo recelo del "estado Gestor Económico"; el desencanto de las nacionalizaciones y de la empresa pública parece que sea el principio inspirador del nuevo tiempo.

SOBRE REPRIVATIZACION

No se puede afirmar que actualmente en España se esté llevando a cabo una política de privatizaciones. Sin embargo, el conocido caso RUMASA, sobre el que tanto se ha escrito en los últimos diez años, plantea un curioso supuesto de expropiación (transferencia del sector privado a propiedad pública del mayor holding empresarial existente en España) y su sucesiva privatización mediante la enajenación de las empresas expropiadas. Podemos hablar, por eso, de un supuesto de "reprivatización".

Naturalmente, no voy a explicar ahora el caso, pero simplemente para ilustrar una posible curiosidad resumiré los siguientes extremos:

a) El grupo de empresas RUMASA (constituido, entre otras muchas, por bancos y entidades crediticias) es expropiado por Decreto-Ley del Gobierno alegando razones de urgencia y para preservar los intereses de los clientes (especialmente de las entidades crediticias) y de los trabajadores del referido grupo.

b) Remitido el Real Decreto-Ley a las Cortes para su convalidación, se ratifica y al mismo tiempo se tramita proyecto de Ley que se convierte en la Ley 7/1983, que establece el procedimiento especial aplicable a la expropiación de RUMASA.

Tanto el Decreto-Ley como la Ley posterior fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional. En relación con el recurso interpuesto contra el Decreto-Ley, fue rechazado por la Sentencia más polémica que haya dictado nuestro Tribunal Constitu-

cional: la de 2 de diciembre de 1983, que dividió mitad por mitad (6 votos a favor y 6 en contra) la opinión de nuestros Magistrados constitucionales, resolviéndose el rechazo del recurso en virtud del voto de calidad del presidente del Tribunal. Por lo que se refiere a la Ley, se planteó por la vía de la "cuestión de inconstitucionalidad", también rechazada por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 166/1986.

Sólo de pasada diré que mi discrepancia con la doctrina del más Alto Tribunal se fundamenta en el para mí indubitable principio de inderogabilidad singular de la Ley que, según lo entiendo, impide a aquellas Leyes singulares o "de caso concreto" que signifiquen una alteración del principio de igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución española.

c) Por lo que se refiere al procedimiento de reprivatización de las empresas expropiadas, debo recordar que el artículo 5 de la Ley 7/1983, antes citada, establecía que "la enajenación se hará por concurso público en la forma prevista por la legislación de contratos del estado, salvo que el Gobierno autorice la venta directa de las acciones. En este último caso se dará cuenta a las Cortes Generales".

El precepto parece correcto -y coincide con el principio de "licitación pública" que antes he advertido en la legislación argentina-, por lo que las reservas mentales que tendríamos que formular en relación con este proceso privatizador se encuentran en la forma como se ha aplicado la norma; pues el procedimiento de "venta directa" que parece constituir una excepción a la regla general, se ha aplicado en la práctica precisamente como regla. Y lo más grave -y quiero que ésta sea mi reflexión final- es que el Tribunal de Cuentas, en su Informe a las Cortes generales, enjuiciando el proceso de privatización de los bienes de RUMASA, se basa precisamente en la singularidad de la medida expropiatoria (o lo que es lo mismo, a nuestro juicio, en su posible inconstitucionalidad) para concluir que tampoco en la reventa a los particulares deban aplicarse los preceptos generales y ordinarios que inspiran la Ley de Contratación del Estado. He aquí cómo, sorprendentemente, una irregularidad de origen sirve para justificar posteriores irregularidades aplicativas.