

LAS EMPRESAS PÚBLICAS: REFLEXIONES DEL MOMENTO PRESENTE (*)

Por

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA. EL PROCESO DE HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. EL PLANTEAMIENTO DEL TEMA EN RELACIÓN CON LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS: 1. *Consideraciones generales.* 2. *Algunas referencias en torno al proceso de huida de los organismos autónomos de toda regulación general.* 3. *La permanente evasión de las entidades autónomas de cualquier ordenación de carácter general; breves consideraciones sobre los sistemas de su intervención y control:* 3.1. *La LEEA sancionó ya una primera huida de los organismos autónomos de toda regulación general.* 3.2. *La ordenación de los organismos autónomos establecida en la Ley General Presupuestaria.*—II. APROXIMACIÓN ACTUAL AL TEMA DE LA EMPRESA PÚBLICA: LA TRAYECTORIA DE SU DETERMINACIÓN CONCEPTUAL: 1. *Vinculación de las empresas públicas a la actividad de producción industrial de bienes o servicios.* 2. *La reiterada polémica sobre las formas jurídicas de las empresas públicas: accidentalidad de estos planteamientos. Sus procedimientos de actuación: referencias.* 3. *Los enunciados de la LEEA y de la LGP: hacia un concepto de empresa pública.*—III. LA RECONSIDERACIÓN DEL TEMA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS DE LA GESTIÓN INDUSTRIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. LA REPRIVATIZACIÓN COMO MITO: 1. *El replanteamiento del sector público: su crisis; consecuencias.* 2. *Excurso sobre la privatización del sector público: su justo alcance. Algunas referencias del derecho comparado.* 3. *Reflexiones sobre el distinto significado que ofrece el tema de la privatización.*—IV. UNA NUEVA HUIDA DEL RÉGIMEN COMÚN: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 LGP. CONSECUENCIAS: 1. *Los enunciados positivos: la introducción de un nuevo tipo de organización del sector público: artículo 6.5 LGP; referencia a las llamadas Administraciones independientes.* 2. *Las vías seguidas para establecer los nuevos cometidos de las empresas públicas.*—V. LA EMPRESA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA DE UNA ADMINISTRACIÓN QUE NO SIRVE. PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA: CONSECUENCIAS: 1. *Una opción en la reforma de la Administración pública que no aparece acreditada: empresas públicas y funciones públicas.* 2. *Generalización del actuar administrativo a través de fórmulas de derecho privado.* 3. *Consecuencias que se deducen de los fenómenos anteriores.*—VI. INTENTO DE UNAS REFLEXIONES FINALES DE CARÁCTER GENERAL.

(*) El presente trabajo constituye el texto de la IV Ponencia del Congreso que sobre el tema «Entes instrumentales de las Administraciones públicas» (Sevilla, septiembre 1991) se celebró en homenaje al Profesor M. F. CLAVERO ARÉVALO, a quien con todo respeto y gratitud se dedican estas páginas.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PROCESO DE HUIDA
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. EL PLANTEAMIENTO DEL TEMA
EN RELACIÓN CON LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

1. *Consideraciones generales*

Hace unos treinta años, en Conferencia de singular importancia, ponía de relieve el Profesor CLAVERO ARÉVALO (1) que el fenómeno, ya entonces ampliamente generalizado de la proliferación de organismos autónomos que se desgajaban de las Administraciones territoriales, respondía básicamente a un intento de huida del Derecho administrativo general: intento de evasión —decía—, que se formalizaba a través de la atribución de personalidad jurídica a estos organismos o entidades y que, en definitiva, lo que trataba era de posibilitar el establecimiento y la aplicación de un derecho singular y específico, hecho precisamente a la medida de las necesidades del organismo que expresamente se creaba. Es este último un extremo que debe realizarse debidamente. Responde al sentido mismo que en origen presenta el propio concepto de autonomía. Posibilidad de autonormarse con una ordenación singular y específica, distinta, y en cierto modo derogatoria de la establecida con carácter general. Observación que es obligado tener muy en cuenta en los términos que siempre ha reiterado la doctrina italiana (2). Máxime, habida cuenta que en el lenguaje común de nuestros días la caracterización señalada no es sino una faceta más —y no la más prevalente— de las que se comprenden en el concepto de autonomía que refiere ahora tanto una situación de autonormación como de autogobierno.

El planteamiento de CLAVERO tuvo una amplia acogida en la doctrina. Cabe decir que lo fue con carácter general (3). Se discu-

(1) Cfr. M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad jurídica, Derecho general y derecho singular en las Administraciones públicas*, Madrid, 1962.

(2) En este punto es obligado remitirse al planteamiento clásico de S. ROMANO, v. *Autonomia*, en *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milán, 1953, 14 y ss. Referir el significado al que en su sentido más propio responde el concepto de autonomía, ha sido constante en la dogmática italiana: vid. por todos, S. LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e suo principi*, Florencia, 1952, 111 y ss. Recientemente, por todos, S. CASSESE, en *Enciclopedia giuridica, v. Amministrazioni statali autonome*, Roma, 1988.

(3) Como expresión del muy amplio eco que alcanzó la tesis de CLAVERO ARÉVALO, baste remitirme, además de a otros trabajos que se recogerán en notas sucesivas, a F. GARRIDO FALLA —que ya había dedicado muy especial atención a estos temas desde su *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950—, en *Entidades estatales autónomas*, Madrid, 1966, y en "Administración institucional", en la

tieron, en su caso, algunas de sus *consecuencias* (4). Principalmente, porque el punto de partida asumido suponía, en mi opinión, magnificar en demasía el fenómeno mismo de las entidades autónomas desde una perspectiva sustantiva. Unas personificaciones que, en principio, carecen de la más mínima apoyatura sociológica y real. El policentrismo que comportan, es siempre artificioso; resultado, puramente convencional, de lo que se establezca respecto a la forma concreta de llevar a cabo el ejercicio de determinadas funciones administrativas. El que éstas se realicen a través de un Centro Directivo de la Administración del Estado o por un Organismo autónomo, es accesorio. Estos tienen siempre un carácter eminentemente *instrumental* en los términos que expresa el título de la obra ya clásica de V. OTTAVIANO (5). Carácter también *auxiliar* en relación con los cometidos del «ente matriz», del «órgano madre» del que dependen, y al que permanecen vinculados en los términos que sanciona expresamente nuestro ordenamiento jurídico vigente (6). Y habrá que notar también que, de la misma

obra colectiva *La España de los años 70*, vol. III, Madrid, 1974. También otro destacado estudioso de estas cuestiones, G. ARINO, se ha referido a las tesis de CLAVERO ARÉVALO en distintas ocasiones: *La Administración institucional: sus fuentes normativas*, Madrid, 1970; *Sobre la personalidad jurídica en el derecho público. Los organismos autónomos: consecuencias e inconsecuencias de su declaración de personalidad*, Madrid, 1971; y de modo especial, en la *Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*, Madrid, 1972, 201 y ss. y *passim*; igualmente, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración central*, en esta REVISTA (1964), 44, 84 y ss.; y del mismo autor, *Administración central y Administración institucional en el Derecho español*, Madrid, 1976, 246 y ss. y *passim*. Asimismo, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos en el derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987, 102 y ss., que es, sin duda, la monografía más completa sobre el tema. Respecto a la acogida que la tesis de CLAVERO tuvo en las obras generales, vid. expresamente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1989, 406 y s.

(4) Cfr. entre otros, J. A. GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, II, I, Madrid, 1971, 111 y ss. y *passim*.

(5) Cfr. V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.

(6) Conviene tener muy presente que la alternativa organizativa que ofrecen los organismos autónomos es siempre, como se señala, puramente convencional. Así, basta recordar el frecuente fenómeno que refiero en el texto, de Direcciones Generales que, con análogo rango, se convierten en organismos autónomos. También ha sido práctica generalizada en el proceso de transferencias a las Comunidades autónomas, que funciones desempeñadas por órganos del Estado pasen a serlo por la Administración institucional de aquéllas. Es cierto, naturalmente, que en relación con los organismos autónomos no cabe cuestionar el dato de su personalidad jurídica; al menos, desde un punto de vista formal. No obstante, es obligado resaltar que tal personalidad aparece más que relativizada, habida cuenta la relación de instrumentalidad —y la dependencia— en la que es obligado situarlos: es esta circunstancia, precisamente, uno de los *leit motiv* de toda la LEEA. Así, casi en el pórtico de su Exposición de Motivos, se afirma que «aun en los casos en que dichas entidades gozan de personalidad distinta del Estado, no se trata de personas independientes del mismo». En cualquier caso, y a la vista de la LEEA, es obligado insistir en la dependencia condicionante que aquéllas tienen siempre del ente

forma que ha venido siendo convencional la reiterada creación de entidades estatales autónomas, lo ha sido igualmente el fenómeno inverso; el de su supresión o modificación, que ha constituido un auténtico lugar común en todos los intentos, más o menos fundamentados, de reforma de la Administración pública (7).

Los dos extremos del diagnóstico que M. F. CLAVERO ARÉVALO formulara hace tantos años, se han visto plenamente confirmados en la realidad. En nuestros días, tienen además una incuestionable vigencia. Es en lo que precisamente quiero insistir en esta exposición. En *primer* lugar, en la generalización de la fórmula de las entidades estatales autónomas. Es algo tan habitual que no parece requiera mayor comentario. Y debo advertir que, aunque aquí haya de referir el tema únicamente a la Administración del Estado, es obligado señalar que, en los ámbitos de la Administración autonómica y local, aparece con no menor alcance. En *segundo* lugar, y como consecuencia de lo anterior, el proceso señalado va a conducir, primero, a la afirmación de un derecho general de la llamada Administración institucional; y, también, al realce que en cada caso ofrece la ordenación *singular* de las diferentes entidades, mediante las normas estatutarias propias de cada una de ellas. Las relaciones entre este ordenamiento singular y el general —de las Administraciones públicas o, incluso, de las Administraciones institucionales—, como es lógico, será fuente frecuente de conflictos de muy distinta naturaleza. Régimen funcional y organizativo de estas entidades que a su vez se deriva de la consideración eminentemente *típica* de cada una de ellas, en función de la

matriz del Estado (arts. 1.1, 6, 8, etc.). El régimen de descentralización que suponen los organismos autónomos no implica desvinculación de los Departamentos ministeriales a los que están adscritos —dice el art. 8— que, a través de muy distintos procedimientos, llevan a cabo una auténtica dirección del ente filial. Relación de instrumentalidad y de dependencia que, entre nosotros, ha venido siendo reconocida además por una Jurisprudencia abundante al aplicar el artículo 28.4.a) LJ en aquellos casos en que se trataba de recursos interpuestos por organismos autónomos a los que se les negaba legitimación en los recursos contra actuaciones de los Departamentos a los que aquéllos estaban vinculados, por entender que no existían intereses distintos y contradictorios entre unos y otros, por lo que no cabía confrontación jurisdiccional de ningún tipo.

(7) Este extremo, relativizando la existencia de reserva de ley bajo la que la LEEA sitúa la creación y, también, la que podemos calificar como extinción *normal* de los organismos autónomos (art. 14.1, primero), se recoge al establecerse la correspondiente habilitación al Gobierno para suprimir y modificar organismos autónomos en todos los textos, abundantes por demás, referidos a la reforma de la Administración o a la reducción del gasto público. Habilitación que, como se verá más adelante, se mantiene en los últimos años de modo constante en las sucesivas leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado. Cfr. sobre ello, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 203 y s., así como la relación que en Apéndice recoge de los organismos autónomos últimamente suprimidos.

singularidad de sus cometidos, y que hará gravitar su ordenamiento regulador en normas también singulares y propias. Un planteamiento que avoca, diríase que casi de modo permanente, en ese siempre mantenido proceso de fuga de toda ordenación de carácter general. No sólo de la del Estado, también, de la de cualquier otra que con el mismo carácter *general* se establezca de los distintos tipos de Administraciones.

El fenómeno señalado debemos referirlo aquí a la problemática que *en el momento presente* ofrecen las empresas públicas. Es la Ponencia que me corresponde desarrollar. No obstante, son obligadas algunas consideraciones previas en relación con esas otras entidades estatales autónomas que son los organismos autónomos. En el bien entendido que, cabe adelantar ya, el análisis a llevar a cabo nos va a permitir llegar a unas conclusiones que trascienden con mucho el campo concreto del tema, para situarse en el núcleo central de algunas de las cuestiones más importantes que en nuestros días tiene planteadas el Estado de Derecho.

2. *Algunas referencias en torno al proceso de huida de los organismos autónomos de toda regulación general*

El presente trabajo, como acabo de indicar, debe considerar en particular el tema de las empresas públicas. Las observaciones precedentes, también las que se recogen en este epígrafe, aparecen sin embargo referidas de modo principal a ese tipo de entidades de naturaleza pública y que, en *principio*, actúan conforme a procedimientos también públicos, y que conocemos con el nombre de organismos autónomos. Es necesario llevar a cabo tal análisis con carácter previo aunque sea de modo sucinto. Ambas figuras —organismos autónomos y empresas públicas—, tal y como habremos de ver, son en parte coincidentes. Además, el proceso que actualmente experimentan las empresas públicas, en buena medida, no es sino reiteración del que previamente habían experimentado años antes los organismos autónomos.

El fenómeno de la llamada Administración indirecta, Administración institucional, comprensivo de realidades jurídicas muy distintas, tiene precedentes conocidos. Los términos bajo los que se expresa han sido diferentes: los ya recogidos, Administración indirecta, Administración institucional; también, Administración

mediata, Administración por servicios —o, más genéricamente todavía, Administración instrumental, tal y como reza el título del presente Congreso—. No son desde luego totalmente coincidentes. La doctrina, desde perspectivas muy distintas, ha tratado de precisarlos. En cualquier caso, interesa señalar que los supuestos que comprenden refieren todos ellos fórmulas de descentralización funcional requeridas, según se argumenta, para la mejor prestación de determinados servicios (8) que, en síntesis (9), conducen a encomendar su gestión a determinadas entidades públicas, dotadas de personalidad distinta de la del Estado que, a su vez, se organizan y, en principio, actúan en el plano externo con los demás sujetos de derecho también según procedimientos de derecho público.

El tema es conocido por demás. No merece la pena detenernos mayormente en su exposición. Interesa sí señalar que su generalización en los distintos sistemas europeos se llevará a cabo después de la I Guerra Mundial. Están, desde luego, los precedentes del sistema alemán y del francés (10). Junto a ellos, y en torno a los años veinte, en Italia se asumirá la fórmula de lo *paraestatal* —algo semejante, análogo, a lo del Estado—. Entre nosotros, durante la época de Primo de Rivera la Administración se poblará de un sinnúmero de Institutos, Consejos o Juntas a los que, además, va a encomendárseles, en concreto, tareas muy señaladas en el proceso de depuración de la organización administrativa que trató de llevarse a cabo durante esa época (11). Una circunstancia muy singular caracterizó en concreto esta situación; la veremos reiterarse posteriormente. Durante la Dictadura, la Administración institucional, al generalizarse, será precisamente el cauce a través del que actuará la Administración renovada que pretende establecerse; un tanto, frente a la Administración habitual, la tradicional, la de los órganos de los diferentes Departamentos ministeriales.

(8) Es esta opinión realmente común en toda la doctrina. No merece la pena insistir, pues, en ella. De ahí, la falta de fundamentación de la obra de uno de los primeros estudiosos de estas cuestiones entre nosotros, A. ROYO VILLANOVA, *La nueva descentralización*, Valladolid, 1914, al tratar de configurar esta descentralización por servicios, como alternativa —y sucedáneo— de la descentralización territorial.

(9) Valga la caracterización general que recojo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, 415; también, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 173 y ss.

(10) Cfr. sobre este particular, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 11 y ss.

(11) Cfr. sobre este punto, S. MARTÍN-RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado*, Madrid, 1986, 203 y ss. El significado de las entidades o Administraciones estatales autónomas durante la Dictadura de Primo de Rivera, es considerado expresamente en la Exposición de Motivos de la LEEA.

Este esquema se reitera también en la realmente sorprendente proliferación que del fenómeno se llevó a cabo después de la guerra civil. Es un *primer* dato a tener en cuenta. Los organismos autónomos son el cauce a través del que discurrirá principalmente la acción administrativa que el Régimen político de aquel entonces trata de llevar a cabo, más o menos novedosamente, como algo propio: Instituto Nacional de la Vivienda, Instituto Nacional de Colonización, Patrimonio Forestal del Estado, Instituto Nacional de Industria, Servicio Nacional del Trigo, etc. En la práctica, estos servicios recibirán casi siempre una mayor atención, en evidente detrimento de los que prestan los órganos de la Administración del Estado. Las tensiones con éstos, lógicas, aparecerán generalizadas. En *segundo* lugar, el otro dato que es también obligado considerar, quizá el más condicionante, es el de que, a la postre, lo que bajo esa autonomía funcional se pretende no es sino una autonomía financiera y de caja. Lograrla es, dígase lo que se quiera, la razón última que, en concreto, explica precisamente el fenómeno de huida del régimen general de la Administración del Estado al que responde la creación de todos estos organismos. Recuérdense sobre ello los esfuerzos del Ministro Larraz en defensa de la unidad de caja y de la universalidad de los Presupuestos del Estado (12) que, a la postre, habrían de resultar sin embargo totalmente baldíos. La proliferación con que en los años posteriores a la Ley de 5 de noviembre de 1940 se crearon numerosos organismos autónomos fue notable. Tendencia generalizada y creciente, que siempre tratará de alcanzar el reconocimiento de la correspondiente autonomía financiera. Es así como se fijaría también el término de *parafiscalidad*. Y debe recordarse que, cuando más adelante, se trató de abordar la ordenación de los referidos organismos con la LEEA, con igual fecha —26 de diciembre de 1958—, se dictó también la ley de tasas y exacciones *parafiscales*, con análoga pretensión clarificadora y correctora.

(12) Es curioso notar que de la situación que refiero, originada por la ley de 5 de noviembre de 1940, da cuenta muy cumplida la Exposición de Motivos de la LEEA al hablar de sus propios antecedentes, en los que se apoya: «—en la presente ley se dice— se sigue la misma orientación...», sin duda alguna, con el fin de avalar las soluciones que trata de sancionar.

3. *La permanente evasión de las entidades autónomas de cualquier ordenación de carácter general; breves consideraciones sobre los sistemas de intervención de control*

La situación que se alcanzó puede calificarse, realmente, de caótica. Era desde luego difícil intentar referir a unos mínimos caracteres comunes la organización y el régimen de todas estas entidades. Cada una de ellas respondía, en cierto modo, a fórmulas propias, no predeterminadas con carácter general. Situación de auténtico caos, insisto, cuyo alcance se acentuaba además a la vista de la notable amplitud que ofrecía —y ofrece— el fenómeno que consideramos. Las razones en las que trataba de fundamentarse son conocidas y reiteradas (13). No obstante, no parece tengan peso bastante para explicar realmente el alcance que el tema alcanzó. Tan sólo aquella que ya ha sido señalada de que ha sido precisamente a través de esa fórmula que se «ha permitido y potenciado el prodigioso desarrollo de la Administración contemporánea» (14). En definitiva, se trataba de multiplicar los espacios de decisión de una Administración siempre creciente. Las grandes Administraciones, como cualquier gran organización, son pesadas e ineficaces. Es algo incontrovertible. De ahí que, para solventar tales dificultades se tratara de multiplicar indiscriminadamente los espacios de decisión en una Administración en incontenible desarrollo. Una realidad a la que tampoco han sido ajenas circunstancias derivadas de la dialéctica de toda organización burocrática de aumentar sus cometidos y funciones, tratando en todo caso de lograr la mayor cota posible de independencia (15).

(13) Es sabido que son muchas las razones que se han venido señalando en apoyo de la fórmula de los organismos autónomos: las de carácter formal, de una nueva personalidad jurídica, que permite una mayor flexibilidad en su actuación; se obtiene también así una mayor eficacia; la autonomía, aun asumida como técnica de gestión, permite igualmente diferenciar su propia capacidad patrimonial, etc. Ninguna de estas razones, como trataré de poner de relieve, me parece realmente convincente para explicar la extraordinaria amplitud que alcanzó el tema. Su generalización ha sido notable; en ocasiones, casi obsesiva. Para una valoración cuantitativa del fenómeno basta contrastar, por ejemplo, las distintas *Guías de la Administración del Estado* que con publicidad periódica publicaba el anterior Ministerio de la Presidencia o, incluso, los propios Presupuestos Generales del Estado. En cualquier caso, y aun ofreciendo entre nosotros una notable amplitud, el fenómeno nunca alcanzó los caracteres y la extensión cuantitativa que refiere en relación con el sistema italiano M. S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, Nápoles, 1973.

(14) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, 408.

(15) A estos temas me he referido recientemente en S. MARTÍN-RETORTILLO, «Relación

Afrontar la situación que ha quedado referida, será una de las cuestiones prioritarias que resultaba imprescindible llevar a cabo tras el cambio de rumbo que debía suponer la reordenación administrativa y económica que se intentó a raíz de 1957 (16). En cualquier caso, cabe adelantar ya que estamos frente a un tema, el de la Administración institucional, que parece ofrece una congénita resistencia a su ordenación y racionalización. Es fenómeno común en casi todos los ordenamientos jurídicos. Mundo realmente delirante el de los organismos autónomos con tanto poder efectivo, y cuya actividad de modo tan directo incide en el *status* de los ciudadanos. Realidad en permanente estado de crisis, en espera de una ordenación, siempre reclamada, pero que nunca llega, y que ha desbordado con mucho el carácter complementario y auxiliar con que nacieran (17).

3.1. *La LEEA sancionó ya una primera huida de los organismos autónomos de toda regulación general.*

El primer resultado de los intentos de reordenación que señalaré será, como es sabido, la LEEA de 1958. Se trataba de establecer un régimen jurídico general para las Entidades estatales autónomas —entre las que, además de los organismos autónomos, se incluían también las llamadas Empresas Nacionales—. Una ordenación, nótese bien, a la que con toda lógica se intenta reconducir también la realidad ya existente. De ahí, el auténtico recelo y rechazo a que, en la práctica, dio lugar la aplicación de lo establecido al efecto en las Disposiciones transitorias de la ley.

Dos extremos, en concreto, debemos retener en relación con la LEEA.

En *primer* lugar, que al reordenar y establecer con carácter *general* el régimen jurídico de las referidas entidades, se insistirá, de modo principal, en los aspectos de su gestión financiera y económica. La ley, es cierto, busca establecer su regulación *institucional*. No obstante, es destacada la prevalencia de aquellos aspectos.

entre los distintos niveles de Gobierno», en la obra colectiva *Divergenza e Convergenza nei sistema amministrativi europei*, en prensa, recogido también en «REDA» (1991), 72.

(16) Cfr. sobre ello, el testimonio realmente expresivo en tal sentido de M. NAVARRO RUBIO, *Mis Memorias*, Madrid, 1991, 112 y ss.

(17) Son éstas, consideraciones que recojo y desarrollo en S. MARTÍN-REFORTILLO, *Relación entre los distintos niveles de Gobierno*, cit.

Basta la simple lectura de la misma para avalar lo que se dice. Una ley que es, básicamente, una ley de defensa del propio Estado —de la Hacienda del Estado—, para no verse devorado como nuevo Saturno, por sus propios hijos. Defensa de la Hacienda del Estado frente a sus organismos autónomos. El recelo y desconfianza que en relación con ellos se respira a lo largo de toda la ley es visible. De ahí que la gestión de esas entidades, incluso, aun tratándose de actuaciones de escasa trascendencia, sea sometida a un complejo sistema de autorizaciones y controles (18). Organismos autónomos que son todo menos autónomos, y en cuya ordenación se acentúa siempre su vinculación, control y dependencia de la Administración financiera (19). En concreto, y además del Consejo de Ministros, del Ministerio de Hacienda —básicamente, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, y de la Intervención General de la Administración del Estado— y del Tribunal de Cuentas.

El cambio que iba a representar la LEEA en relación con la situación precedente era manifiesto. El régimen *general* de las entidades autónomas que se estableció, es cierto que daba acogida a la posibilidad de una ordenación propia de cada una de ellas. Una posibilidad que, sin embargo, era prácticamente mínima en cuanto se sancionaba con un alcance en extremo reducido; prácticamente, concretado a algunos aspectos organizativos internos de la entidad. Su gestión, en todo caso, como se ha dicho, quedaba sometida a *un permanente y minucioso sistema de control e intervención por parte de la Administración del Estado*. El sistema, y así fue unánimemente reconocido, las privaba de toda flexibilidad; y, dígame lo que se quiera, aunque resulte paradójico, las situaba en una situación notablemente más rígida a la de los órganos directos de la Administración del Estado. Téngase en cuenta que éstos, con frecuencia —y ello suponía una intervención añadida—, debían conocer y valorar las actuaciones llevadas a cabo por la Administración institucional que les estaban vinculadas. Sistema, pues, de notoria intervención de la Administración institucional. Es éste ya un primer dato a retener.

En *segundo* lugar, observar que este derecho general de las Administraciones autónomas, aunque hay que considerarlo como

(18) Cfr. sobre estos extremos, con carácter general, por todos, las obras de G. ARIÑO, M. BAENA DEL ALCÁZAR y F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *cits. supra* en nota 3.

(19) Vid. con carácter general sobre ello, S. CASSESE, *Amministrazione*, 2, de la separata.

una huida del Derecho administrativo general, se establece, en expresión de M. F. CLAVERO ARÉVALO (20), para salvaguardar la unidad misma de la Administración. Además, viene a jugar como *límite y freno* a esa siempre buscada flexibilidad de la actividad administrativa. De todos modos hay que recordar que la ley reconoce explícitamente ya (art. 5) algunos supuestos a los que no les es de aplicación lo establecido en ella. Las razones que en los seis casos que se enuncian pueden ayudar a explicar la excepción que se hace, son evidentemente distintas. En la mayor parte de ellos, sencillamente, porque no se trata de organismos autónomos. Nótese, sin embargo, que son supuestos concretos y particularizados. No hay previsión alguna a que posteriormente se puedan incluir también los que así se determinen por ley. Una práctica, esta última, que sin embargo acabaría por generalizarse. Y ello en relación con entidades que inequívocamente responden a la figura de los organismos autónomos. El incremento de los que por esta vía debían considerarse incluidos en el artículo 5 de la ley ha sido constante. Situación generalizada de excepción del régimen de la LEEA (RENFE, FEVE, Canal de Isabel II, Consejo de Seguridad Nuclear, etc.) que, resulta curioso notar, es la que precisamente ha venido siendo habitual en todos los organismos autónomos que, en concreto, dependían del Ministerio de Hacienda (21). En cualquier caso, y aunque casi no sea necesario advertirlo, conviene recordar que la inclusión en el artículo 5 LEEA no afecta para nada a la consideración como entidades de derecho público de las que allí se recogen.

Es éste, pues, un segundo dato a retener: la LEEA al establecer la ordenación general de las mismas, excepciona del régimen administrativo que establece una serie de entidades: el artículo 5 de la ley va a ser el cauce a través del que se formalizará un nuevo proceso de huida de ese régimen jurídico general.

3.2. *La ordenación de los organismos autónomos establecida en la Ley General Presupuestaria.*

Es obligado completar la exposición del tema de los organismos autónomos refiriendo lo establecido sobre ellos en la LGP.

(20) Cfr. M. F. CLAVERO ARÉVALO, 32.

(21) Vid. expresamente sobre este punto, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, 1991, 242.

Por una parte, su artículo 4, dando entrada a una realidad que ya se había establecido para algunos supuestos particulares, introdujo con carácter general una clasificación de los organismos autónomos del Estado que tendrá importantes consecuencias. Aquéllos se clasifican en organismos autónomos de carácter administrativo y organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Clasificación, pues, de una misma realidad *subjetiva* —los organismos autónomos, personificaciones de derecho público—, en función de la actividad *material* que desempeñan. Una clasificación que, de modo singular, se proyectará en el régimen jurídico al que unos y otros deben acomodar su actuación; básicamente, los que se encuadran en el segundo de los grupos citados, mediante procedimientos jurídico-privados que permitan así una mayor agilidad en su gestión. Es ésta, por tanto, una nueva huida del régimen administrativo *general* de los propios organismos autónomos.

Por otra parte, la LGP va a cerrar el proceso de intervención y control de los organismos autónomos establecido en la LEEA. Lo sanciona además con carácter general para todas las empresas públicas. Una figura que, en cierto modo, la LGP trata de sistematizar, superando la escueta referencia a las Empresas Nacionales que contenía la LEEA, mediante la fórmula de las llamadas sociedades estatales (art. 6), a las que va a someter —lo mismo que a los organismos autónomos— a un muy rígido sistema de intervención y fiscalización por parte de la Administración del Estado.

Merece la pena que nos detengamos en relación con los dos puntos que últimamente han quedado expuestos.

En relación con el primero de ellos, clasificación de los organismos autónomos según la fórmula que, como se ha dicho, se había introducido ya para algunos casos concretos, la LGP la establece con carácter general (22). Además, todos los organismos autónomos que en el futuro se creen habrán de encuadrarse en uno u otro grupo. En relación con los ya existentes, el artículo 83 LGP autorizó al Gobierno para señalar los que habían de tener la consideración de organismos autónomos de carácter económico, comercial o industrial. El Decreto 1097/1977, de 1 de abril, llevó a

(22) Vid. por todos, J. ESTEVE, *Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado*, en esta REVISTA (1980), 92. 353 y ss.; también, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 178 y ss.

cabo una primera clasificación en tal sentido. Es en extremo notable la amplitud que dio a tal calificación. El tema se planteó de forma tan general e indiscriminada que la Administración del Estado vivió en aquel entonces una auténtica crisis interna, de auténtico forcejeo entre los distintos Departamentos ministeriales, para que unos u otros organismos autónomos recibieran la consideración de su carácter comercial, financiero o industrial. Auténtico forcejeo que, a la postre, no lo era sino para lograr evadirse del régimen administrativo general de la Administración institucional. En algunos supuestos, habida cuenta el carácter comercial, financiero o industrial de su actividad (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; Editora Nacional; Patronato de Casas de Funcionarios; Teatros y Festivales de España, etc.), aquella calificación aparece desde luego más que justificada. Ahora bien, en otros casos, no resulta fácil de explicarla. Así, se incluyeron entre los organismos autónomos de carácter financiero, comercial e industrial muchos que, no obstante el lógico significado económico de su actividad —en definitiva, como el de toda la Administración—, su actuación consistía, básicamente, en el ejercicio de auténticas potestades públicas en sus términos más propios y peculiares (ICONA, Confederaciones Hidrográficas, Juntas de Puertos, etc.). Resulta realmente difícil reconducir estos últimos supuestos al concepto de organismos autónomos de carácter comercial, industrial o financiero. Una vez más, lo que ocurrió fue que, so pretexto de la ya reconocida falta de flexibilidad del régimen general de los organismos autónomos, se buscó abandonarlo a toda costa. La categorización misma del concepto de organismos autónomos de carácter comercial o financiero, así como la forma en que, en concreto, se llevó a cabo su ampliación, no fue sino expresión reiterada, una más, de ese fenómeno generalizado de huida del régimen administrativo general; ahora ya, hacia fórmulas de actuación jurídico-privadas.

En relación con el segundo de los extremos señalados, la LGP vino a cerrar en cierto modo el sistema de intervención y control de los organismos autónomos. Lo establecerá, incluso, a nivel parlamentario. Además, como veremos más adelante, lo recoge también con carácter general para todas las empresas públicas, cuya temática trató de sistematizar. Son muchas las fórmulas de intervención y de control de los organismos autónomos que recoge la LGP, completando e intensificando las que ya había establecido la

LEEA. Es un extremo que debe ponerse de relieve. Principalmente, en relación con los organismos autónomos cuyas operaciones son preponderantemente de carácter comercial, industrial o financiero, a los que la LGP dedica expresamente un capítulo (arts. 83 y ss). Necesidad de elaborar un Presupuesto previo de explotación, estableciéndose los elementos de que debe constar, así como el contenido de la Memoria que ha de acompañarlo; también, expresas autorizaciones ministeriales para la realización de determinadas actividades; sometimiento asimismo al régimen de la Contabilidad pública (arts. 122 y ss.); control de su gestión por la Intervención general del Estado, con la amplitud y las variables con que tal control puede llevarse a cabo (arts. 99 y ss.); por el Tribunal de Cuentas, etc. En definitiva, todo un conjunto de fórmulas (23) en extremo particularizadas que si, en su caso, pueden entenderse necesarias en cuanto se trata de la intervención de organismos públicos, es notorio, y por todos reconocido, que constituyen un obstáculo evidente para la flexibilidad y operatividad de su actuación.

II. APROXIMACIÓN ACTUAL AL TEMA DE LA EMPRESA PÚBLICA: LA TRAYECTORIA DE SU DETERMINACIÓN CONCEPTUAL

Lo que hasta ahora ha quedado recogido constituye en cierto modo el presupuesto obligado para poder reflexionar sobre el tema de las empresas públicas. Un tema al que, como es sabido, la bibliografía jurídica ha dedicado una muy notable atención al referirlo en las mil facetas que comprende: naturaleza jurídica y formas de las empresas públicas; dirección; control de las mismas; autonomía patrimonial de las empresas públicas, etc. No pretendo, pues, considerar estas cuestiones que han sido ya cumplidamente analizadas. Intentaré, por el contrario, reflexionar sobre alguno de sus problemas en el momento presente, notando cómo los planteamientos que se ofrecen en muchos aspectos suponen un auténtico cambio de rumbo. No sólo en los propios de la temática particular de las empresas públicas, sino que inci-

(23) Cfr. en su detalle una exposición sobre el control del sector público, por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, cit., 267 y ss.

den igualmente en algunos de carácter general, sobre el alcance, significado y operatividad del propio sistema administrativo.

Importancia del tema; aunque sólo sea a la vista de la atención doctrinal y legislativa que ha suscitado. No hace falta, pues, reiterarla. Un tema que, además, a lo largo de los últimos años —de los últimos meses— ha resultado realmente apasionante. En torno a él se han concentrado posiciones polémicas y contradictorias. Unos, lo hacen objeto de permanente e indiscriminada denigración, negando operatividad alguna al sector público, al mismo tiempo que asumen el elogio, no menos indiscriminado, de la empresa privada. Otros, por el contrario, con imperturbable carga de utopía, lo siguen considerando como la panacea indiscutible, indispensable y necesaria para llevar a cabo cualquier acción de cambio en las estructuras sociales y políticas. Planteamientos, unos y otros, frente a los que, como ya notara W. A. ROBSON (24), se precisa una indiscutible objetividad dotada además de una no menos necesaria dosis de relativismo.

1. *Vinculación de las empresas públicas a la actividad de producción industrial de bienes o servicios*

Las cuestiones relativas a la forma y a la naturaleza jurídica de las empresas públicas han sido siempre ampliamente debatidas. También, aunque en menor medida, las referentes a los procedimientos en su actuación. Me referiré a ellos más adelante. Un extremo, sin embargo, conviene destacar ya desde ahora. Es común y diríase también que constante en la consideración de las empresas públicas: el objeto de su actuación ha venido siendo referido siempre a la producción industrial de bienes y servicios. Empresas, en definitiva, dirigidas al mercado —en su caso, todo lo restringido que se quiera—, sobre las que los Poderes públicos ejercen una serie de funciones y cuyo objeto *social* —usaré el término en su acepción más amplia— es la producción de bienes o servicios. Estos últimos, incluso, matizados en su caso, por el con-

(24) Este autor, como es sabido, lo es de una de las obras más clásicas y completas sobre el tema de las empresas públicas: *Industria nacionalizada y propiedad pública*, Madrid, 1964, en toda su primera parte, en relación con las cuestiones a las que aludo en el texto.

cepto mismo de servicio público. Un extremo, este último, que supone la *publicatio* de la actividad a realizar, supuesto en el que la empresa pública actúa en términos de notoria semejanza a los que puede hacerlo un concesionario. Baste referirnos a materias tales como las comunicaciones, producción y suministro de energía, el transporte, el abastecimiento de aguas, etcétera. En relación con ello, y por las consecuencias que se derivan, reténgase ya una primera distinción entre el conjunto de empresas públicas, según sean gestoras de servicios públicos o refieran su actividad a la producción o comercialización de bienes o servicios que no tengan aquella naturaleza (25).

La materialidad de la actividad de las empresas públicas, en los términos expuestos, ha constituido una auténtica constante. Con la ambigüedad misma que ofrecen los que acaban de referirse —gestión *industrial*, como superación del concepto de servicio público; gestión *industrial* de la Administración, en la gestión de los servicios públicos; producción o comercialización de bienes—, la consideración señalada es nota que de modo permanente ha caracterizado siempre la actuación de las empresas públicas. En relación con ella, baste recoger lo que, en su fundamental trabajo, refería J. L. VILLAR PALASÍ (26) en 1950 en relación con la actividad de las mismas. Actividad directa de producción de bienes y de dación de servicios, generalmente, en concurrencia con el sector privado. En la producción —señalaba— la Administración entra en el mercado junto a los empresarios particulares, sin que su actuación sea normalmente exclusiva; el interés público, en tales casos, se centra precisamente en el aumento de los bienes económicos. En la distribución, por el contrario, es justamente la necesidad de centralización, a fin de evitar la anarquía distributiva del

(25) Sobre la obligada distinción entre «empresas públicas gestoras de servicios públicos» y «empresas públicas de producción o comercialización de bienes y servicios», así como sobre las consecuencias prácticas que se derivan de tal distinción, cfr. con carácter general, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, 236 y ss.

(26) Cfr. J. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en esta REVISTA (1950), 3, 53 y ss.: se trata de un trabajo, realmente fundamental, que sigue constituyendo punto de partida obligado para cualquier estudio que pretenda llevarse a cabo sobre las empresas públicas. Se publicó en momentos en que, prácticamente, en todos los ordenamientos nacionales la gestión industrial de la Administración era una realidad de creciente e inequívoca generalización. Y lo realmente notable del análisis de VILLAR eran los términos en los que el tema quedaba planteado, al vincularlo de forma directa, con la consideración misma de los fines del Estado. La gestión industrial de la Administración aparecía así como una etapa superadora, y complementaria —hablaba del «desbordamiento del Derecho administrativo clásico»— de las precedentes formas de actuación de los Poderes públicos.

mercado, lo que determina la injerencia administrativa, por lo que es común que se declare el control exclusivo o el monopolio de la función distribuidora por la Administración. A su vez, la producción puede considerarse desde el punto de vista económico, distinguiendo una actividad industrial productora de bienes materiales, de aquellas otras formas de actividad que, o bien se limitan a lo exclusivamente comercial (banca, seguros), o bien consisten en la prestación de servicios (comunicaciones, es el ejemplo típico).

El texto recogido expresa muy cumplidamente el que siempre ha constituido el objeto de la actividad de las empresas públicas. Tiene una validez general mantenida y no cuestionada. Debe notarse, además, que cuando en los años pasados se planteó el crecimiento de la gestión industrial del Estado, de modo principal, en lo referente a los sectores que podía comprender o, por el contrario, cuando después se ha reconocido la crisis del mismo sector público y la necesidad de su consiguiente reducción, cuestiones una y otra, rodeadas siempre de extraordinaria carga polémica, lo que en definitiva se cuestionaba no era otra cosa que la amplitud de un fenómeno referido de modo constante a la *producción de bienes y servicios*. Obsérvense, por ejemplo, las consideraciones que sobre estas cuestiones contienen el conocido Informe NORA elaborado a instancias del Gobierno francés y el Informe NEDO que años después aparecería en Inglaterra (27) —exponentes inequívocos de una valoración generalizada del fenómeno de las empresas públicas—, cuya actividad se considerará siempre en los términos expuestos. Las industrias nacionalizadas —se lee en el último de los Informes citados— son productoras de bienes y servicios, ampliamente utilizados por los consumidores, por otras industrias y por distintos sectores de servicios. Es éste, pues, el alcance que, en su misma heterogeneidad, ha tenido siempre la actuación de las empresas públicas.

(27) El texto de estos Informes, así como el de otros documentos de análogas características, ha sido recogido en *La empresa pública en Europa occidental*, ed. por el Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1979. Un amplio análisis de los mismos en G. ARINO, «La empresa pública», en su colaboración en la obra colectiva dirigida por F. GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, Madrid, 1981, II, 47 y ss.

2. *La reiterada polémica sobre las formas jurídicas de las empresas públicas: accidentalidad de estos planteamientos. Sus procedimientos de actuación: referencias*

El tema de la actividad material de las empresas públicas ha venido siendo asumido pacíficamente en los términos señalados. Los de la naturaleza y forma jurídica de tales personificaciones, por el contrario, ha sido objeto de muy variados y contradictorios planteamientos.

Una temática, esta última, considerada prácticamente, en casi todos los estudios sobre las empresas públicas, tanto por la doctrina jurídico-pública como por la mercantilista (28). La cuestión ha preocupado realmente hasta la saciedad; casi, de modo obsesivo. Además, con frecuencia ha venido siendo considerada con una más que discutible pretensión generalizadora, dogmática en exceso, que trataba de ofrecer a ultranza un concepto más o menos unitario de empresa pública. Intento vano, en mi opinión, en cuanto se ha buscado respondiera a un único criterio, cuando lo cierto es que resulta difícil comprender en una fórmula, así determinada, la compleja realidad que la empresa pública ofrece.

No intentaré, naturalmente, incidir en los planteamientos que acabo de referir. Me basta con situar la cuestión en los términos que, entiendo, son hoy los comúnmente aceptados. Además, son los que encuentran el refrendo positivo de nuestro propio ordenamiento jurídico vigente al que, como es lógico, resulta obligado atenderse.

Un dato es obligado asumir necesariamente como punto de partida. Las empresas públicas como, en definitiva, cualquier otra organización —lo hemos referido ya en relación con los organismos autónomos—, no se crean en principio respondiendo a esquemas normativamente predeterminados de carácter general. Se establecen caso por caso, para atender necesidades concretas y singulares. Planteamiento necesariamente empírico en la génesis

(28) Habida cuenta su amplitud, no es cuestión de recoger aquí la abundante bibliografía sobre estas cuestiones. Baste, por todos, una referencia, además de las obras que se citan en otras notas, a las que recoge la excelente monografía de A. ALONSO UREBA, *La empresa pública*, Madrid, 1985, *in totum*; vid. igualmente, las distintas colaboraciones recogidas en la obra colectiva dirigida por E. VERDEIRA, *La empresa pública*, 2 vols., Bolonia, 1973.

de una realidad, jurídicamente heterogénea, como consecuencia del casuismo que la misma realidad ofrece. Y sólo cuando la misma alcanza una determinada amplitud, se intentarán reconducir a sistema una serie de supuestos nacidos más o menos saltuariamente, relacionados o no entre sí (29). Y hacerlo, en virtud de los rasgos comunes que pueden presentar y de la funcionalidad, también común, que esas organizaciones pueden ofrecer.

Teniendo en cuenta lo que acaba de recogerse, cabe advertir que el intento de reconducir el concepto de empresa pública a una única figura jurídica, aspiración frecuente en parte de la doctrina, principalmente, en la mercantilista, entiendo que carece de fundamento. Y, a la postre, de validez. Aquél es un concepto variable, fluido en extremo, rico en matices que no puede explicarse exclusivamente con criterios formales. Comprende, y ha comprendido siempre, una serie de personificaciones muy distintas. Necesidad, en definitiva, de considerar una realidad, variada por demás, que aparece integrada por entidades de muy distinta naturaleza. Se trata, pues, de asumir una valoración eminentemente empírica, que es la que, en síntesis, permite considerar como empresas públicas a *entes institucionales de carácter público* —la vinculación de estas empresas con el concepto tradicional de establecimientos públicos resulta evidente—, cuya gestión de producción de bienes y servicios se realiza en principio de acuerdo con fórmulas jurídicas de derecho privado. En todo caso, y no obstante su naturaleza pública, como observó J. L. VILLAR (30), son organizaciones que carecen de imperio frente al mercado. Y junto a éstas, también, integrando igualmente el concepto de empresa pública, otras *organizaciones con forma de sociedad mercantil* con capital público, ya en su totalidad ya en parte. Sociedades mercantiles —socie-

(29) Con carácter fundamentalmente expositivo traté en cierto modo de caracterizar los distintos tipos de empresas públicas en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Organización y administración de las empresas públicas en España*, en «Rev. Int. Ciencias Admvas.» (1966), 1, 1 y ss. El planteamiento empírico que requiere el tratamiento del tema, es lo que me ha movido a insistir en distintas ocasiones en la innecesariedad del llamado Estatuto de la Empresa pública, tan vehementemente reclamado en ocasiones: así, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Introducción al régimen jurídico de las empresas públicas en España*, en esta REVISTA (1980), 93, 67 y ss. Aquél, en lo que es menester, está ya contenido en la LGP. Cfr. sobre ello la reciente Proposición de Ley sobre Bases de la empresa pública presentada en el Congreso por el Partido Popular («Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados», IV Legislatura, Serie B, del día 24 de julio de 1991): el título de la misma entiendo que es un tanto equívoco, pues más que un Estatuto de la empresa pública estamos ante una norma que, con el carácter de legislación básica, trata de desarrollar el artículo 128.2 CE y algunas de las cuestiones más recientes que el sector público plantea, como es la de la privatización.

(30) Cfr. op. cit., 73.

dades anónimas en la mayor parte de los casos; también, en algunos, sociedades de responsabilidad limitada—. Fórmulas que, entre nosotros, responden a una práctica habitual, pero que en algún ordenamiento positivo, como el alemán, responden a la prohibición expresamente sancionada de que el Estado pueda participar en sociedades mercantiles que no tengan limitada su responsabilidad.

El esquema que acabo de referir resulta evidente en nuestro sistema positivo desde hace muchos años. Un planteamiento que, doctrinalmente, obligó a considerar como el único válido el que se llamara concepto *amplio* de empresa pública. Por una parte, entidades públicas: RENFE, FEVE, el antiguo Consejo de Administración de las Minas de Almadén y Arrayanes, etc.; por otra, sociedades mercantiles, arrendatarias de Monopolios fiscales, creadas o adquiridas por el INI, etc.

Una primera conclusión se deduce de lo dicho. Es la de la accidentalidad de la forma jurídica que adoptan las empresas públicas. El principio de intercambiabilidad de las distintas técnicas, en este caso, de diferentes fórmulas organizativas, alcanza aquí muy amplia confirmación. Hasta el extremo que una misma actividad realizada por empresas públicas, como puede ser, por ejemplo, la del transporte, lo es en ocasiones a través de entidades de derecho público —RENFE—, y, en otras, de sociedades mercantiles, Iberia, S. A. Accidentalidad, pues, evidente. Más todavía; más allá, incluso, de la posible gestión de servicios que puedan considerarse de carácter público, la Administración ha podido ejercer una misma actividad económica, simultáneamente, actuando tanto a través de organismos públicos —Administración Turística Española, Servicio Militar de Construcciones, etc.— como de sociedades mercantiles —Empresa Nacional de Turismo, S. A.; Auxini, S. A., etc.—.

La elección de una u otra forma organizativa tiene siempre un valor relativo; puramente convencional. Ello no significa que este extremo carezca de relevancia. En modo alguno. El régimen jurídico de cada empresa pública dependerá, naturalmente, de la forma que aquélla adopte. Ocurre, sin embargo, que es intercambiable. Las empresas públicas responden, pues, a fórmulas organizativas diferentes.

La situación expuesta, derivada de la referida variedad de fórmulas jurídicas que ofrecen las empresas públicas, ha recibido

el reconocimiento generalizado de una buena parte de la doctrina (31); y, además, ha tenido el refrendo de la realmente importante STS de 28 de septiembre de 1978 que, en mi opinión, constituye el pronunciamiento jurisprudencial que de modo más definido ha tratado de formular aquel concepto. No obstante su extensión, merece la pena reproducir aquí la argumentación del TS; dice así:

«Porque la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas, desde el momento en que es aquélla quien las fiscaliza y decide por y sobre tales empresas, con la relevancia inequívoca de una *unidad jurídica en el conjunto de las empresas públicas*, por muy variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que las constituyen, aun cuando unas veces las normas a que se someten sean de Derecho administrativo, o de Derecho privado, en cuanto a la forma que discipline tales empresas, porque lo trascendente es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado, lo que permite lá compatibilización de los términos empresa pública y servicios públicos económicos, como no necesariamente coincidentes, sin que ello sea óbice para que las empresas públicas puedan prestar no sólo servicios públicos, sino también servicios de interés público.»

«La Administración para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios puede acudir, y de hecho acude, a *una variada gama de formas organizativas*, entre las cuales se encuentran las empresas personalificadoras son personalidad jurídico-privada y capital mixto; así, la Administración participa en concepto de socio, y además comparte también la dirección y gestión empresarial, bien porque a la Administración se le haya reconocido esa gestión en los Estatutos, o de otra forma jurídica, circunstancias que imprimen

(31) Cfr. ops. cit. *supra* notas 24 a 29; en concreto, y en relación entre el problema que planteo en el texto, vid. muy especialmente A. PÉREZ MORENO, *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969.

a la empresa el carácter público constituyendo genuina representación de las empresas mixtas estatales, aquellas que no monopolizan distintos servicios públicos.»

Consideraciones del TS que refrendan de forma muy cumplida lo que se señaló acerca del carácter accidental que presenta el dato de la naturaleza de la personalidad jurídica de las empresas públicas.

Queda un último punto por referir, completando lo dicho hasta ahora. Las empresas públicas, aun adoptando fórmulas organizativas diferentes y debiendo responder siempre su actuación a razones de interés público, llevan a cabo su actividad de producción de bienes o de prestación de servicios, en cualquier caso, de acuerdo con fórmulas y procedimientos de derecho privado. Y ello, cuando gestionan un servicio público (RENFE; Iberia, S. A., etcétera); y también cuando concurren en el mercado con otros empresarios produciendo determinados bienes (ENSIDESA, HUNOSA, AESA, etc.). Es ésta nota muy fundamental que hay que tener presente: el carácter jurídico-privado que tiene el operar de todas las empresas públicas. La Administración, diríase, que en tales supuestos privatiza los procedimientos de su gestión, a través de los que actúa como sector público. No obstante, y dados los intereses públicos a los que deben servir, esas mismas formas de actuación jurídico-privada quedan penetradas en todo momento por la dirección y control que de esa actividad ejerce la propia Administración. Lo veremos seguidamente.

3. *Los enunciados de la LEEA y de la LGP: hacia un concepto de empresa pública*

El primer intento de ordenar con carácter *general* la situación caótica y atomizada que ofrecía la regulación de las empresas públicas fue, también en relación con este punto, la LEEA. Es cierto que las participadas directamente por el INI —todas ellas, sociedades mercantiles— contaban desde luego con la normativa reguladora de la intervención del ente de gestión en esas empresas, el propio Instituto, a través de los procedimientos que legalmente se habían establecido desde la creación del mismo. No obs-

tante, me parece incuestionable el significado novedoso de la LEEA, también en relación con el tema que ahora estudiamos. Piénsese en el alcance de la ley que, por primera vez en nuestro derecho positivo, va a comprender como empresas públicas, a las que son Administraciones públicas, organismos autónomos, y a otras que son sociedades mercantiles. En relación con las primeras, el caso de RENFE resulta paradigmático. Encaja plenamente en los términos definitorios con los que el artículo 2 de la LEEA establece el concepto de organismo autónomo, sin que por otra aparezca tampoco entre las entidades exceptuadas de su aplicación que señala el artículo 5. Incuestionable inclusión de la RENFE en la ordenación establecida en la LEEA (32), hasta que expresamente fue exceptuada de la misma por el Decreto-ley de 19 de julio de 1962 (33). Junto a empresas públicas, pues, con forma de organismos autónomos (Administración Turística Española; Comisión de Compras de Excedentes de Vinos; Consejo de Administración de las Minas de Almadén y Arrayanes; Editora Nacional; Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, etc.), las llamadas Empresas Nacionales creadas por el Estado directamente o a través de sus organismos autónomos, el INI, principalmente, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas (art. 4): constituidas necesariamente como sociedades anónimas de fundación simultánea a su creación (art. 92) y que, salvo en lo dispuesto en el art. 93, relativo a su control, «se regirán por las normas de derecho mercantil, civil y laboral» (art. 91). Empresas Nacionales en relación con las que resulta curioso recordar la justificación que precisamente de ese

(32) En relación con este punto, el Preámbulo del Decreto-ley de 25 de junio de 1959 señalaba ya que «dicha ley —dice refiriéndose a la LEEA—, obliga a llevar a cabo una revisión y reajuste de las distintas entidades de carácter estatal a los efectos de incluirlas en alguno de los grupos que previene. *Entre estas entidades se encuentra la Renfe*, creada por Ley de 24 de enero de 1941. Esta entidad, de indudable trascendencia en cuanto a su funcionamiento sobre la entera economía nacional, constituye un organismo *sui generis*, de tal importancia y especialidad, que su propuesta de clasificación y adaptación a la citada ley no puede formularse dentro del plazo señalado por la Disposición transitoria primera de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, por lo que es necesario por razones de urgencia, dictar el oportuno Decreto-ley que permita realizar los estudios correspondientes fuera de la perentoriedad del plazo mencionado».

(33) Este Decreto-ley, bajo la marcada influencia del Informe del Banco Mundial, tratará de llevar a cabo una explícita desburocratización de RENFE y, en su Disposición Transitoria 1.ª, abrirá paso al Estatuto de la misma, aprobado por Decreto de 23 de junio de 1984, cuya vigencia, debe notarse, se declara expresamente en la Disposición sobre derogación y vigencia contenida en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres, aprobado por RD 1211/1990, de 18 de septiembre.

nombre recoge la Exposición de Motivos de la ley, aferrada sin duda alguna a un concepto fragmentario de empresa pública: se rechaza expresamente este término —dice—, «pues si bien un amplio sector doctrinal las llama [así] precisamente..., tal apelativo resulta paradójico y perturbador cuando se aplica a empresas justamente regidas en su actuación fundamentalmente por normas jurídico-privadas».

Tras la LEEA, distintas disposiciones concretas fueron incrementando los procedimientos de intervención y control de las empresas públicas, en la doble veste que ofrecían. La regulación sistemática e institucional del tema habría de llegar, como es sabido, con la LGP de 1977 (34). En relación con ella, hay que tener muy en cuenta, en primer lugar, lo que ya se dijo respecto a la clasificación que en su artículo 4 establece de los organismos autónomos, diferenciando los de carácter administrativo de los de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Un concepto, este último, que conviene retener: parte de los organismos que allí se comprenden —y hablo sólo de parte, habida cuenta la inflación que hubo en la aplicación de tal calificación—, constituyen el primer grupo de entidades a las que les es plenamente referible la consideración de empresas públicas. Junto a ellos, también, las llamadas sociedades estatales, cuyo concepto introduce el artículo 6 de la ley, y que por su significado debemos reproducir ahora, en la versión que inicialmente recibiera:

«1. Son sociedades estatales a los efectos de esta ley:

a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos.

b) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado.

(34) Cfr. especialmente, F. GONZALEZ NAVARRO, *Organismos autónomos y Ley General Presupuestaria*, en «Hacienda Pública Española» (1978), 54, 395 y ss. En cualquier caso, y en líneas generales, es más bien escasa la atención, que, no obstante su importancia, se ha dedicado a estas cuestiones en distintas obras de carácter general sobre la LGP: así, se silencian prácticamente en el número que a su estudio, 50 (1978), dedicó la citada Revista y en la obra colectiva publicada por el Instituto de Estudios Fiscales, *Análisis de la Ley General Presupuestaria*, Madrid, 1977.

2. Las Sociedades estatales se registrarán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente ley.»

Es así, a la vista de lo establecido en la LGP que, completando lo que antes quedó señalado, podemos aproximarnos ya al concepto de empresa pública; insisto, siempre por vía de aproximación. Los tres supuestos recogidos —los dos que se integran en el concepto de sociedades estatales, y el de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial y financiero—, son los que en definitiva integran aquel concepto.

En relación con la LGP, es fácil advertir, que el término de *sociedades estatales* resulta equívoco por demás. Siempre será cuestionable la inclusión en él de entidades de derecho público a las que resulta difícilmente referible caracterización societaria de ningún tipo. De todos modos, no han venido siendo muchas las sociedades estatales que tenían cabida en el supuesto del artículo 6.1.b) LGP que, hasta hace muy poco tiempo, prácticamente, se concretaba a la RENFE y a no más de dos entidades de análoga naturaleza. Organizaciones realmente atípicas las del artículo 6.1.b) LGP, con las que parece «se pretende crear un tipo donde tengan cabida una serie de entidades difícilmente encasillables en los moldes jurídicos tradicionales» (35). La doctrina que, como es sabido, ha dedicado gran atención a las sociedades estatales con forma mercantil, ha sido en extremo parca en estudiar las que son entidades de derecho público (36). Una situación que no debe extrañar, dado lo infrecuente que la fórmula ha venido siendo hasta fecha reciente. No son desde luego muchas las consideraciones de carácter *general* que cabe inferir sobre el régimen jurídico de tales entidades, cuya ordenación es de notorio carácter estatutario, que no sean las que directamente se derivan de la LGP. En cualquier caso, resulta fácilmente perceptible la proximidad institucional que existe entre los organismos autónomos que refiere el artículo 4.1.b) LGP y las entidades de derecho público que se

(35) Vid. sobre estas entidades M. BASSOLS, *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, en esta REVISTA (1977), 84, 27 y ss.; J. ESTEVE, cit., 358; también, J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 346 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Madrid, 1991, 66 y ss.

(36) El tratamiento más amplio de estas entidades en las obras generales, en J. SANTAMARÍA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, 1988, 1207; sobre ellas, en particular, vid. también la bibliografía que se recoge en la nota precedente.

incluyen en las sociedades estatales del artículo 6.1.b) que han de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado. Semejanza inequívoca, aunque se conservan siempre diferencias fundamentales que conviene retener. Mientras aquéllos, organismos autónomos, someten al derecho privado buena parte de sus relaciones *ad extra*, en estas últimas —entidades públicas que entran en la categoría de sociedades estatales— lo es también su propia organización. En el bien entendido que, insistiendo en lo que ya se dijo, conviene reiterar lo impropio que resulta la calificación de tales entidades de derecho público como sociedades. Una calificación que no supone aplicación a las mismas del derecho de las sociedades, mercantiles o civiles; ni hay socios, ni se constituyen tampoco como sociedades de capital, ni puede aplicárseles el régimen privado de las comunidades de bienes. Además, «no siendo realmente sociedades, es claro que no puede aplicárseles el Derecho mercantil propio de éstas en lo que respecta a su organización» (37).

Analogía en cualquier caso, no obstante las diferencias señaladas, entre los organismos autónomos que se contemplan en el artículo 4.1.b) LGP y las sociedades estatales del artículo 6.1.b) de la misma. La ordenación básica en ambos supuestos se encuentra sometida al principio de reserva de ley, que no juega en relación con las sociedades estatales que adoptan la forma de sociedades mercantiles en las que tal ordenación —su propia creación, así como los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus organismos autónomos (38)—, queda expresamente remitida a los correspondientes Acuerdos del Consejo de Ministros (39).

(37) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, 416 y ss.

(38) La garantía del principio de reserva de ley para la enajenación del patrimonio privado del Estado ha ido desdibujándose de modo progresivo como exigencia de la necesaria flexibilidad que la Administración requiere en su actuar. La Ley del Patrimonio del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, posteriormente reformado en no pocos extremos, supuso en la indicada dirección un paso importante. No obstante, aquel principio continuaba exigido en función de la cuantía del importe de los bienes que se enajenaban. En relación con los títulos representativos de capital, se requería Acuerdo del Consejo de Ministros hasta una determinada cuantía siempre que no supusiera la pérdida de la condición de socio mayoritario. En tal caso, debía ser autorizada por ley (art. 103). Esta exigencia desaparecería en virtud de lo establecido desde su versión inicial por el artículo 6.3 LGP, bastando en todo caso Acuerdo del Consejo de Ministros. La fórmula puede justificarse ciertamente para supuestos concretos. Es desde luego la vigente. Lo que no cabe duda es que resulta notoriamente inadecuada para llevar a cabo a través de la misma el llamado proceso de privatización del sector público.

(39) Acerca del régimen jurídico de los dos tipos de entidades señalados, además de la bibliografía cit. *supra* en nota 35, J. R. PARADA, *Derecho administrativo*, Madrid, 1990,

Precisado, pues, el alcance que al amparo de la LGP ofrece en nuestro sistema positivo vigente el concepto de empresa pública, debemos referir, aunque sea de forma sucinta, algunos de los trazos fundamentales del régimen jurídico de las sociedades estatales establecido en la LGP, del mismo modo que antes hicimos en relación con los organismos autónomos. A tal fin, convendrá comenzar por recordar que la actuación de las sociedades estatales se rige, en su totalidad, por normas de Derecho mercantil, civil o laboral, *salvo en las materias en que les sea de aplicación la LGP* (art. 6). La matización es importante, y con frecuencia no se valora debidamente. Todas, y también los organismos autónomos de naturaleza comercial, industrial o financiero, es decir, la totalidad de las empresas públicas, aparecen sometidas, y de modo prioritario, a las normas de la LGP. Una ley que lo que de modo principal establece es, precisamente, un sistema jurídico-administrativo de planificación financiera y de control de la actividad de esas entidades. El papel del Ministerio de Hacienda en tales cometidos continúa siendo preponderante; sin perjuicio, claro es, del que deben llevar también a cabo, en su caso, los entes de gestión —INI, INH— en los que las distintas empresas públicas pueden estar agrupadas.

Algunas referencias en particular nos pueden ayudar a completar el alcance del sistema previsto en la LGP.

Fórmula, en cierto modo semejante a la de los Presupuestos de explotación a la que estaban sujetos los organismos autónomos, es la que se recoge (art. 87) para todas las sociedades estatales: anualmente deben elaborar el llamado Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF), en el que con la correspondiente Memoria, se hará la evaluación económica de la gestión a realizar. Es a este Programa al que aquéllas deben ajustar toda su actuación. Todas las empresas públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, quedan sometidas asimismo al régimen de la Contabilidad pública (art. 122); obligación, igualmente, de rendir cuentas de las operaciones que realicen, cualquiera que sea su

II, 14 y ss., que se refiere al tema que considero en el texto, señalando que la ordenación de las sociedades *mercantiles* públicas se atribuye al Gobierno. También, J. A. SANTAMARÍA, 1208 y ss., insiste en que aunque nada dice al respecto la LGP, hay que entender que la ordenación de las sociedades estatales del artículo 6.1.b), debe hacerse *con norma con rango de ley*, apoyando esta tesis en la analogía de estas instituciones con los organismos autónomos; también, en que, a la postre, las no ciertamente numerosas entidades de derecho público que de esta naturaleza existen en nuestro sistema, han sido creadas o han recibido tal configuración por ley, con muy escasas excepciones.

naturaleza, al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención del Estado.

Estos son algunos de los extremos que la LGP ofrece en relación con el sistema de ordenación y control del sector público. Su alcance, es evidente. Unas fórmulas que, como puede verse, operan tanto con carácter previo como con carácter posterior a la actuación de las distintas empresas públicas. Y es a la vista de ellas que cabe concluir que, no obstante la actividad que realizan lo sea, básicamente, a través de procedimientos de derecho privado, el sistema de fiscalización y de intervención del sector público difiere realmente muy poco del que con carácter general establece la propia LGP para las Administraciones públicas.

III. LA RECONSIDERACIÓN DEL TEMA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS DE LA GESTIÓN INDUSTRIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. LA REPRIVATIZACIÓN COMO MITO

1. *El replanteamiento del sector público: su crisis; consecuencias*

El tema de las empresas públicas, como es lógico, va a verse afectado como consecuencia de la notable *reducción* que ha experimentado en los últimos años el sector público. El fenómeno es fundamentalmente de alcance político, con directas e importantes motivaciones económicas. Comporta también significativas consecuencias jurídicas en cuanto no va a suponer sólo una reducción *cuantitativa* de aquéllas y de los ámbitos en los que actúan, mientras sus perfiles institucionales permanecen inalterables. No; al cuestionarse, porque esto ha sido en efecto de lo que se trata, la extensión y amplitud que debe recibir el sector público, se ha cuestionado también la viabilidad de la figura de la empresa pública, los perfiles que la caracterizan, los ámbitos en los que debe actuar, así como también su propia vigencia y operatividad.

La realidad que refiero es consecuencia directa de la crisis del Estado social de Derecho que se experimenta, principalmente, a raíz de la crisis económica, consecuencia de la crisis energética de mitad de los años setenta. Hablar en estos momentos de la crisis del Estado social de Derecho es incidir en uno de los tópicos más generalizados de estos últimos tiempos. Aun siendo cierta —se

trata de una realidad evidente—, es obligado enjuiciarla con mesura y ponderación (40). Lógica consecuencia de ella será la también lógica reducción del sector público. Se frena así el mantenido proceso de su casi constante crecimiento a lo largo de más de medio siglo que de forma tan notable sería ampliado después de la II Guerra Mundial con las nacionalizaciones generalizadas que se llevaron a cabo en aquel entonces. Un planteamiento que, en su momento, debe recordarse tuvo caracteres casi míticos. Reconocida la necesidad de la presencia del Estado en el ámbito económico, se trataba de proceder a su ordenación a través de la *titularidad* patrimonial que aquél adquiriría de distintas empresas que operaban en el mercado. Planteamiento generalizado que, en aquel entonces, alcanzaría un volumen y un significado realmente notables: los ejemplos francés, inglés e italiano, entre otros, son expresivos de lo que se dice.

Razones económicas están en la base del proceso de reducción del sector público: primero, fue de freno a su crecimiento; después, de reducción del mismo. En el bien entendido que el justo significado del fenómeno que refiero, es obligado dimensionarlo teniendo muy en cuenta el papel, realmente notable, que el sector público alcanzó en la mayor parte de los sistemas de economía de mercado. Y ha sido la consideración del coste que suponía el sector público, principalmente, en momentos de crisis económica, la base de las rectificaciones llevadas a cabo. Además, su rentabilidad social, justificación habitual y permanente para su afirmación y desarrollo, no corresponde ni con mucho con los resultados alcanzados. Exigencias sociales que, obviamente, hay que satisfacer, pero cuya realización encuentra cauces a través de procedimientos distintos, más eficaces y menos costosos.

En 1950, Valentín ANDRÉS ALVAREZ (41), exponiendo desde un plano teórico las razones en las que fundamentar el tema de las empresas públicas, en escrito de notable belleza, señalaba que «una actividad económica, debe y sólo debe pasar de privada a pública cuando dentro de la economía, contraría o es indiferente

(40) Intencionadamente hago la llamada de atención que recojo en el texto, porque entiendo que el volteo de campanas que está produciendo la inequívoca crisis del Estado social de Derecho, en ocasiones, resulta estruendoso en demasía. La necesidad de valorar el tema en sus justos términos la he considerado ya expresamente en *Derecho administrativo económico*, I; cfr. también F. GARRIDO FALLA, *El modelo*, I, 21 y ss.

(41) Cfr. V. ANDRÉS ALVAREZ, *Introducción al estudio de la empresa pública*, en esta REVISTA (1950). 3, 41 y ss.

a los fines económicos, sociales, etc., que el Estado considera imprescindible cumplir, y la actividad es, además, en manos de éste, un instrumento que permite cumplirlos o mejorar su cumplimiento». Y consideraba también los límites lógicos a establecer entre lo público y lo privado, que debían respetarse: «sobrepasarlos en uno u otro sentido, es caer en excesos igualmente perturbadores: el del individuo contra el Estado o el del Estado contra el individuo». Y, quizá, por haberse alcanzado este último *exceso*, porque la actividad en manos del Estado, realmente, no mejora en su cumplimiento y, además, resulta más costosa, es por lo que el tema que consideramos está siendo objeto de muy amplia reconsideración.

Reducción del sector público. En relación con ello no quiero dejar de expresar la sensación que produce releer en este verano de 1991 las más objetivas razones que, desde hace medio siglo, y en términos inequívocamente democráticos, se han venido aduciendo para explicar el fenómeno mismo de la gestión económica directa por parte de los Poderes públicos; también, las consecuencias sociales que permitiría alcanzar. Se hablaba de la socialización de la producción y de la propiedad; también, de la socialización del ejercicio de las distintas actividades profesionales en un nuevo tipo de sociedad que se avecinaba. Un futuro, en el que había que abrir caminos, avanzando siempre bajo el principio postulado por A. MÜLLER al recordar que si el Estado cesa de producir, cesan todas las producciones menores por sí solas; el «producto de todos los productos» es el Estado. Era una sociedad distinta, todavía un tanto en nebulosa, nueva en cierto modo, marcada por la socialización en el sistema de producción y que debía conducir a un nuevo tipo cultural; también, a un nuevo tipo de ciudadano. Observaciones, juicios (42), ante una realidad que se vislumbraba en el horizonte como deseable, y cuya relectura no puede sino evocar un cierto sentimiento de lejana ternura.

El pensamiento económico liberal siempre había cuestionado el sistema de las empresas públicas. No obstante, la prevalencia de razones políticas y sociales, ampliamente reconocida (43),

(42) Es en esta línea argumental, por ejemplo, en la que se mueven muchas de las colaboraciones que se recogen en el citado núm. 3 de esta REVISTA: vid., entre otras, las de M. GARCÍA PELAYO, F. MURILLO FERROL y V. ANDRÉS ALVAREZ a la que me refiero en la nota anterior.

(43) Es obligado notar que ésta ha sido, en la práctica, la posición casi constante de la ciencia jurídico-administrativa que, sólo rara y tardíamente, ha cuestionado el fenómeno mismo de las empresas públicas. No debe extrañar, pues hasta fechas muy

había hecho, sin embargo, que tales planteamientos críticos apenas si tuvieron alcance práctico alguno. Es un hecho evidente. El enjuiciamiento crítico del sector público con carácter general sólo comenzaría a formalizarse al final de la década de los sesenta, en el contexto de crisis económica que por aquel entonces ya se vislumbraba (44). Hoy es una realidad comúnmente admitida; en ocasiones, incluso, han pasado a ser ardorosos abanderados de la reducción del sector público grupos políticos que de su afirmación y desarrollo hicieron en el pasado un postulado fundamental de su propia ideología. El ejemplo de los partidos socialistas europeos de corte democrático es expresivo al respecto. De todos modos, es obligado advertir que el fenómeno que refiero, en su versión más general, no cuestiona, en principio, el papel que en el Estado social de Derecho corresponde a los Poderes públicos en la ordenación de la actividad económica. Es éste, postulado reconocido que, en cuanto tal, no se pone en tela de juicio. Que el referido papel deba o no mantenerse, así como la extensión que debe ofrecer, es cuestión del todo distinta. Lo que ahora se cuestiona es la forma, el modo más adecuado para llevar a cabo tal ordenación; y que, en concreto, el mantenimiento del sector público sea el cauce a seguir.

Y es en relación con lo que acaba de decirse que hay que recordar que, como ya se advirtió, las fórmulas nacionalizadoras habían postulado llevar a cabo tal ordenación, básicamente, haciendo asumir al sector público la titularidad patrimonial de determinadas empresas. Solución que, en concreto, es la que se trata de replantear. Hay para ello muy distintas y fundadas razones.

En primer lugar, porque resulta *insuficiente*: la rentabilidad social que de este modo puede alcanzarse, como se indicó, ni justifica ni compensa los resultados efectivos que se obtienen. La fórmula es, además, igualmente *innecesaria*: la Administración pública ostenta con carácter general, y de modo muy singular en relación con la realidad económica, una auténtica potestad de dirección para proceder a su regulación sin necesidad de detentar titu-

recientes, en la mayor parte de los países europeos, todos los partidos de ideología centrista no socialista —piénsese, por ejemplo, en los de inspiración demócrata-cristiana—, en modo alguno han cuestionado, sino muy al contrario, la gestión industrial de la Administración.

(44) Cfr. especialmente los informes a los que me refiero *supra* nota 27; y también, a la obra de G. ARIÑO que allí recojo.

laridad patrimonial de ningún tipo. No es necesario ser propietario para ordenarla. Potestad, que le permite establecer rigurosamente la regulación de una determinada realidad, alcanzando además mejores resultados, sin tener que asumir por otra parte los riesgos y responsabilidades que siempre se derivan de la gestión económica directa.

Junto a estas cuestiones, si se quiere de principio, discutibles, hay también muy fundadas razones para postular una lógica reducción del sector público (45); máxime, a la vista de la mantenida y crítica situación en la que habitualmente se encuentra. Es la fuerza incontrovertible de los hechos la que, antes que nada, avala lo que se dice. La experiencia demuestra con carácter inexorable que el Estado, aun en la gestión directa de determinados servicios *públicos* —transportes, ejecución de obras, etc.—, propende, en principio, a ser *siempre* muy mal empresario. Valoración que la realidad refrenda, con la gravedad misma de los resultados que esa misma realidad ofrece: escasa productividad de las empresas públicas, permanente y habitual situación de déficit, importantes pérdidas, falta de competitividad son, entre otras, notas características y habituales de la gestión de buena parte de aquéllas. Y ello, a pesar de disfrutar, con frecuencia, de una situación privilegiada de derecho o de hecho en relación con el sector privado. Además, hay que considerar que el obligado control a que toda actuación pública debe estar necesariamente sometida —aunque actúe a través de organizaciones y procedimientos de derecho privado—, priva necesariamente a esa gestión de la flexibilidad que requiere cualquier actuación empresarial. Es un dato incuestionable que las empresas públicas tienen en la práctica muy poca libertad en el ejercicio de las actividades comerciales que deben desempeñar. Unanse, también, los efectos de los inequívocos condicionamientos extraeconómicos que, en muchas ocasiones, supeditan la existencia de no pocas empresas públicas que distorsionan los resultados de su propia gestión. Su concurso se requiere con frecuencia para abordar una serie de cuestiones —paro, desequilibrio regional, empleo, reconversión industrial, etc.—, cuestiones cuya importancia y gravedad en ningún momento se discute, pero cuyo cauce debe ser muy otro que el de obligar a

(45) Recojo a continuación, en síntesis, las líneas generales de la argumentación que he desarrollado al enjuiciar críticamente la actividad del sector público en *Derecho administrativo económico*, I, 98, 236 y *passim*.

asumir esa problemática al sector público. Hay también un último extremo a considerar. Los gestores de las empresas públicas, con harta frecuencia, aparecen nombrados en función de estrictas fidelidades políticas. Esta circunstancia las sitúa en una inequívoca dependencia, que habitualmente conduce a un choque entre los intereses de las propias empresas y otros de carácter político, muy frecuentemente contradictorios con los anteriores: los costos que la lógica y justificada atención de estos últimos intereses pueden suponer, no tienen por qué ser soportados por las empresas; y ello, en ámbitos tan significativos, como la subida de precios, la revisión de tarifas, la localización de las instalaciones industriales, etcétera.

Las expuestas son, entre otras, razones más que fundadas que explican y fundamentan la necesidad de reducir el sector público. Se trata, casi, de un auténtico postulado que se impone como tarea a llevar a cabo. No parece sea necesario insistir en ello. En cualquier caso —y antes que nada—, es necesario reconducirlo a sus justos términos. Reducción del sector público, sí, como reacción obligada a la indiscriminada ampliación que alcanzó en el pasado. Nada que objetar a ello. Las situaciones a las que se llegó resultan hoy difícilmente justificables. Ahora bien, la reconsideración del tema requiere extrema prudencia para no dejarse llevar por planteamientos, más o menos de moda, pero que por su propia generalización pueden resultar por demás equívocos. De ahí, que deba hacerse entrar en juego, antes que nada, la distinción que antes se recogió en relación con la actividad a desempeñar por las empresas públicas. En principio, y como ha señalado F. GARRIDO FALLA (46), no hay repugnancia ideológica alguna frente al Estado o frente a la Administración como posibles gestores directos de determinados servicios: que la RENFE, como empresa pública, preste un servicio público nacionalizado es algo que no se cuestiona. Y ello, claro es, sin perjuicio de reconocer las reiteradas y siempre crecientes deficiencias con que se lleva a cabo. O, incluso, de interrogarse acerca de si esa gestión no podría resultar más rentable y eficaz en manos privadas. Estos son problemas distintos. Lo que interesa retener es que en modo alguno se plantea que en estos casos pueda ser una empresa pública la que realice tal actividad. El tema, con toda lógica, es, sin embargo, sustantivamente distinto, muy distinto, cuando se trata de empre-

(46) Cfr. F. GARRIDO FALLA, *El modelo*, 70 y ss.

sas públicas que llevan a cabo la producción o comercialización de bienes; generalmente, de forma alternativa y concurrente con el sector privado. Es éste, en definitiva, el supuesto de las numerosísimas empresas públicas cuyas actividades nada tienen que ver con el concepto de servicio público: industrias navales y de bienes de equipo; de producción de automóviles y explotaciones mineras; agencias de viajes y empresas editoriales; empresas constructoras y de fabricación de productos químicos, etc. Los supuestos son, obviamente, distintos. De ahí, y por ello mismo, que en estos casos la actuación del sector público resulte siempre mucho más cuestionable y sea en relación con ellos que se plantee, básicamente, la reducción de su ámbito operativo.

En lo dicho hasta ahora podemos encontrar un primer motivo de reflexión. Es obligado considerarlo al tratar de referir la problemática que en el momento actual presentan las empresas públicas. La reducción de la gestión industrial de la Administración ha incidido *cuantitativamente* en relación con la situación que presentaban. Muchas han pasado al sector privado; asimismo se ha reducido igualmente de modo considerable el ámbito de su actividad. Ahora bien, junto a ello, junto a la valoración cuantitativa referida, el fenómeno expuesto ha incidido también en numerosos aspectos estructurales de las empresas públicas. Es el dato concreto que conviene destacar. Su régimen jurídico, su obligada adecuación al mercado y a las reglas de la libre competencia, los ámbitos a los que dedicar su actividad, los sistemas de su control son, entre otros, aspectos institucionales que como consecuencia del fenómeno señalado aparecen también sometidos a revisión. Es realidad que resulta obligado reconocer. En relación con ella, hay que advertir, sin embargo, que nos encontramos todavía en una fase tendencial, tentativa, de inequívoca transitoriedad, sin que hasta el momento pueda decirse que se hayan alcanzado soluciones más o menos definidas. De todos modos, no parece aventurado afirmar que el planteamiento y la configuración institucional de las empresas públicas que resulta del fenómeno expuesto, difiere de modo sustantivo de los que hasta ahora han estado vigentes. Habremos de verlo con un cierto detalle. No obstante, una cuestión debemos considerar de inmediato.

2. *Excurso sobre la privatización del sector público: su justo alcance. Algunas referencias del derecho comparado*

Habida cuenta las razones que explican la situación de crisis del sector público, la respuesta más elemental a la misma es, naturalmente, la de su reducción. Básicamente, mediante su transferencia, más o menos amplia, al sector privado. Es, como digo, la respuesta más simple; también, la más lógica. Razones para ello las hay más que justificadas. Las hemos referido ya. De modo muy principal —insisto—, es la consideración de la carga deficitaria a que habitualmente da lugar el sector público: mayor costo de su gestión respecto al que, en la práctica, de modo mucho más eficaz, puede llevar a cabo el sector privado. Coste de la financiación del sector público y eficacia son, en definitiva, los fundamentos últimos incontrovertibles en los que se apoya el proceso privatizador (47).

Reconocimiento, pues, de una realidad, que no cabe cuestionar. En su fundamentación y puesta en práctica, ciertamente, han jugado desde luego razones políticas. Es difícil comprender lo que la privatización supone en efecto sin contar con el impacto de la ideología y de las realizaciones de los Gobiernos de M. Thatcher y J. Chirac, llevadas a cabo, además, en el contexto de la política económica que en USA trató de establecer el Gobierno de R. Reagan. Son datos fundamentales, a tener muy en cuenta. El fenómeno, como se dijo, se ha generalizado; incluso, por encima de planteamientos políticos concretos. Diríase que es universal (48). Y es de notar también que, la generalización referida, ha rebasado con mucho el ámbito concreto del sector público. Volveremos más adelante sobre ello. De todos modos, lo más notable ha sido que en torno a la privatización se está construyendo una auténtica ideología a la que pretende dársele un valor casi tras-

(47) Es imprescindible, como digo, considerar y tener muy en cuenta las bases económicas que subyacen en el tema de la privatización: vid. por todos, A. CUERVO-Z. FERNÁNDEZ, *Una nueva estrategia para el sector público. La privatización*, en «Economistas», 1986.

(48) Cfr. la exposición, en todo caso de crónica informativa, y un tanto sesgada, que recoge J. RODRÍGUEZ ARANA, *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1991: intentar ofrecer un tratamiento más o menos unitario del tema, incluyendo en él el fenómeno de la privatización habido en Inglaterra o en Francia, lo ocurrido en Benin o Angola, y lo acaecido como consecuencia de la crisis de los países del Este, no parece sea del todo correcto. Se trata de realidades que responden a causas distintas, no relacionables entre sí.

cedente. La privatización, se dice, constituye hoy una auténtica revolución —revolución silenciosa—, revolución socioeconómica. Y con expresión significativa de lo que, con la pedantería que supone la utilización del término, se dice también que constituye la nueva *cultura* de lo público. Unos enunciados que, en cualquier caso, es obligado relativizar y en relación con los que cabrá preguntarse si no correrán la misma suerte que los años han deparado a aquellos planteamientos que, según vimos, se expresaban en torno a los cincuenta para justificar la nueva sociedad socializada que se vislumbraba y en la que el sector público papel tan fundamental había de desempeñar.

No argumentaré frente a las posiciones que acabo de referir. Obviamente, no las asumo, ni por la radicalidad con la que se enuncian, ni por el alcance que pretenden tener. La historia es siempre mucho más matizada. Su realidad, resultado de un desarrollo que, también siempre, es consecuencia de un proceso de integración inequívoca de ideologías de signo muy distinto (49).

Interesa destacar la amplitud con que el tema de la privatización está planteándose. Supera, con mucho, los límites en los que previsiblemente debía operar, para alcanzar fórmulas que conducen a un inequívoco debilitamiento del Estado y de los Poderes públicos en general. Es algo que conviene tener muy claro, y a lo que más adelante habré de referirme con un cierto detalle.

(49) Entiendo que se trata de un criterio metodológico de carácter general. Así, y en relación con el tema concreto del Estado social de Derecho al que me refiero, he puesto de relieve en distintas ocasiones —vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, 30 y ss.— que, en definitiva, es el lógico resultado de una evolución que ha sido impulsada por causas de muy distinto significado, de diferente intencionalidad, pero que todas ellas han operado de forma convergente: el sentimiento común, generalizado y vivo que entiende la vida no sólo como valor que debe ser respetado, sino también, promovido, asegurando «a todos una digna calidad de vida»; la conciencia adquirida de una mayor solidaridad humana, como auténtico y verdadero signo de nuestros tiempos que el pensamiento socialcristiano ha impulsado, y que protagonismo tan fundamental tuvo en la sanción misma del concepto de Estado social de Derecho en distintos textos constitucionales después de la II Guerra Mundial; el inequívoco impacto de las tesis políticas de signo socialista en cuanto han operado directamente o, en todo caso, han servido de contrapunto imprescindible para enmarcar y rectificar soluciones políticas distintas, son, entre otras, causas todas ellas confluyentes que pueden ayudar a entender la configuración del nuevo tipo de Estado que es el Estado social de Derecho. Sobre la fundamentación del mismo, vid. por todos, con carácter general, la síntesis que desde planteamientos distintos se recoge en el volumen W. ABENDROTH-E. FORSTHOFF-K. DOERING, *El Estado social*, Madrid, 1986. Lo que señalo —insisto en ello— presenta un significado metodológico de carácter general eminentemente integrador, que hay que asumir con una buena dosis de relativismo. Máxime, frente a los pretenciosos y unilaterales planteamientos, tan frecuentes en nuestros días, que se consideran el ombligo y el origen mismo de la historia.

Importancia y amplitud del fenómeno privatizador. Las fórmulas adoptadas en los distintos países para su puesta en práctica han sido distintas; heterogéneas por demás. Se han articulado de forma diferente y han respondido a criterios y principios también diferentes (50). En Francia e Inglaterra, por ejemplo, la privatización del sector público ha sido principalmente consecuencia del intento de consagrar y desarrollar un sistema más amplio de economía de mercado, con mayor libertad económica y, consecuentemente, con un más amplio campo de juego de la iniciativa privada. En la hasta hace poco tiempo República Federal Alemana, la reducción del sector público ha mantenido la misma orientación, muy en consonancia por otra parte con los criterios a los que desde la II Guerra Mundial ha venido respondiendo básicamente la política económica de ese país (51). En Italia, por el contrario, el fenómeno ha tenido un significado cuantitativamente mucho menor que en los dos países primeramente citados. Además, la privatización no ha respondido, en principio, a ningún criterio que pudiéramos considerar de significado ideológico: ha sido, simplemente, resultado de un proceso de reestructuración económico-financiera del sector público, inspirado por sus propios gestores, en el que la idea fundamental no ha sido otra que la consideración del deterioro financiero en el que aquél se ha encontrado (52). Una valoración, esta última, que es también la única que ha estado presente en la política privatizadora llevada a cabo entre nosotros. Insisto en la variedad y en el distinto contenido que el tema de la privatización ha tenido en unos y otros países. En alguno —y la referencia a la República Argentina resulta aquí paradigmática (53)—, la privatización se ha asumido ade-

(50) Cfr. con carácter general la obra colectiva que ha devenido clásica, *Privatization Worldwide*, Adan Smith Institute, Londres, 1986; V. WRIGHT, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, en «Riv. Trim. Dir. Pubb.» (1988), 1, 87; también, L. RAPP, *Techniques de privatisation des entreprises publiques*, París, 1986; E. DEL CASALE, *La privatizzazione in Europa*, Milán, 1987. Relacionando expresamente los distintos planteamientos del fenómeno privatizador en los diferentes sistemas, A. PERA, *El proceso de privatización en Italia*, en «Boletín del Círculo de Empresarios» (1987), 39, 47.

(51) Cfr. por todos, R. HAMER, *Privatisierung als Rationalisierungsscharce*, Munich, 1981.

(52) Vid. además de op. de A. PERA, cit. en nota 50, especialmente S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, en «Riv. Trim. Dir. Pubb.» (1988), 1; también, E. DEL CASALE, 644 y s.

(53) Cfr. por todos, C. MENEM-R. DROMI, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, 1990; también del último autor, *Privatización y Derecho Administrativo*, en «Rev. de Der. Púb. y Teoría del Estado», 4, 77 y ss., y, recientemente, *Reforma del Estado y privatización*, 3 vols., Buenos Aires, 1991.

más como auténtico *leit motiv* de la reforma política que trata de llevarse a cabo.

La referencia al tema resulta obligada al referir la problemática actual de las empresas públicas. Su puesta en práctica, ha aparecido cargada de infinidad de cuestiones jurídicas del mayor interés (54). En la mayor parte de los casos, como por otra parte resulta casi obligado, las cuestiones se han resuelto un tanto empíricamente, en función de las peculiaridades de cada supuesto concreto. Entre ellas, las que lógicamente se han presentado con carácter más general son dos. En primer lugar, la de la valoración de las empresas que se privatizan, ya que al llevarla a cabo, hay que armonizar los intereses públicos, de obligada consideración en la fijación del precio del patrimonio del Estado que se enajena, con el hecho de que ese mismo precio resulte también atractivo a los inversores privados. Junto a ella, y en segundo lugar, la de la distribución de los títulos de la empresa que se privatiza.

Las cuestiones referidas en el Reino Unido han sido abordadas, en principio, por el Parlamento, caso por caso, que ha ido aprobando, una tras otra, la privatización de muy distintas empresas públicas. Enajenaciones que no cabe olvidar han estado rodeadas con frecuencia de numerosas cautelas; básicamente, en relación con el porcentaje del capital social de las empresas privatizadas que pasaba al sector privado y con el del que cabía adquirir a un solo titular. Cautelas que, en definitiva, buscaban garantizar la transparencia y la eficacia de los resultados que se trataban de alcanzar.

En Francia, por el contrario, se ofrece una solución un tanto peculiar, al disponer de una normativa general que, precisamente, trata de dar respuesta, también con carácter general, a las cuestiones señaladas que, insisto, constituyen la problemática básica de todo proceso privatizador. De ahí, que por ello mismo, merece la pena que la refiramos con un cierto detalle (55); incluso, recogiendo las incidencias habidas en su elaboración.

El 16 de marzo de 1986 son las elecciones que llevan a J. Chirac al Gobierno; de modo *inmediato*, y para dar una respuesta, a la no menos *inmediata* ley de nacionalizaciones de 11 de

(54) Vid. especialmente los que refieren las ops. cit. en notas 50 y 52.

(55) Vid. entre la muy abundante bibliografía, M. DURUPT, *Les privatisations en France*, París, 1988, *in totum*, con excelente información, y de donde tomo los datos que a continuación recojo en el texto.

febrero de 1982, por la que el primer Gobierno Mitterrand de forma tan considerable extendió el ámbito del sector público nada más acceder al poder, tratará de poner en práctica algunas experiencias que ya había promovido desde el Ayuntamiento de París privatizando determinados servicios municipales de la capital. La extensión del sector público llevada a cabo en 1982, y que ahora se trataba de rectificar, se entendía que venía a romper el *statu quo* existente desde la II Guerra Mundial acerca del ámbito que debía ofrecer el sector público: constituía un auténtico principio rector de la ordenación económica de la República Francesa. Es éste un extremo que conviene tener muy en cuenta. El 9 de abril el Gobierno Chirac presenta el Proyecto de ley correspondiente, al que el Presidente de la República formula la advertencia de que no suscribirá posteriormente las Ordenanzas de aplicación que privatizaran más empresas que las que se habían nacionalizado en 1982. Es, de nuevo, el principio de *statu quo* referido, el que ahora se asume también como límite de la actividad privatizadora. El Proyecto de ley autorizaba al Gobierno para adoptar distintas medidas de orden económico y social, y a realizar la transferencia de determinadas empresas públicas al sector privado. Su apoyatura estaba en el artículo 34 de la Constitución de 1958. Este texto sitúa precisamente bajo reserva de ley «el establecimiento de las reglas relativas a las nacionalizaciones de la empresa y a las transferencias de propiedad de empresas del sector público al sector privado». Sería aprobado casi de inmediato. Supondrá un muy polémico enfrentamiento con la oposición. Esta lo remitirá al Consejo Constitucional que, por decisión de 25-26 de junio de 1986, entendió que el texto votado era conforme a la Constitución. La privatización —se dice— es opción del Legislador; el Estado no ejerce sino sus derechos de propietario de disponer de sus bienes, que no encuentra más límite que los servicios públicos nacionales que puedan tener apoyatura *directa* en la propia Constitución. Sorprende, desde luego, la celeridad de la tramitación de la que resultará la ley de 2 de julio de 1986.

Y será a la vista del rechazo del Presidente de la República para suscribir las Ordenanzas de ejecución de la ley de autorizaciones citada, que el Gobierno presentó un nuevo Proyecto de ley sobre las modalidades de puesta en práctica de las privatizaciones acordadas. La oposición, con objeto de tratar de paralizar su tramitación, formuló una Moción de censura en la Asamblea que sería

rechazada. El Proyecto, habida cuenta la mayoría de la que disponía el Gobierno, sería sin embargo aprobado, promulgándose con forma de ley el 6 de agosto de 1986. Este texto, a su vez, aun manteniéndose plenamente la filosofía que lo inspiraba, sería más tarde ligeramente modificado por la ley de 10 de julio de 1989 (56).

Y es este texto de la ley de 1986 el que ahora debemos considerar. En concreto, en cuanto establece las reglas para llevar a cabo con carácter general el proceso privatizador. Precisamente, en relación con los dos puntos señalados, que son los que siempre resultan más conflictivos y en los que, como la experiencia acredita, cabe una mayor arbitrariedad. El primero, el de la determinación del precio de venta de las empresas públicas que se transfieren al sector privado: la ley señala a tal fin los criterios metodológicos a seguir en las valoraciones de toda operación privatizadora, institucionalizándose al respecto la correspondiente Comisión con objeto de que lleve a cabo tal valoración. Está integrada por siete miembros, nombrados por Decreto por un plazo de cinco años, elegidos en razón de su competencia y experiencia en materias económicas, financieras y jurídicas. Se busca así, intencionalmente, una independencia en los criterios de valoración frente a los de los propios servicios de la Administración. Y, en particular, frente a los del Ministerio de Finanzas. La actuación de la Comisión está sometida al control de legalidad por el Consejo de Estado y, con la publicidad y objetividad que trata de establecerse, se pretende salir al paso de las posibles críticas que suscitan las negociaciones, más o menos secretas, que habitualmente suelen acompañar este tipo de operaciones.

El segundo extremo que jurídicamente debe destacarse es el sistema que se establece para el reparto y atribución del capital de la sociedad que se privatiza. La ley trata de garantizar una diversificación en su composición, contraria a la constitución de situaciones de monopolio o de predominio, protegiendo los intereses nacionales e impulsando a tal efecto el accionariado de los empleados de la empresa y de los ciudadanos particulares en general (57). Se establecen así una serie de limitaciones y cautelas en la transmisibilidad de las acciones. Extremos éstos que, como

(56) Vid. sobre esta reforma lo que seguidamente se recoge en la nota 58.

(57) Cfr. M. DURUPT, 55.

se ha dicho, habrían de ser modificados posteriormente por la ley de 10 de julio de 1989 (58).

Escapa, naturalmente, de los límites de este trabajo la consideración de los múltiples problemas jurídicos a que ha dado lugar el proceso privatizador. También, referir las desviaciones habidas en su puesta en práctica en relación con las previsiones que legal y reglamentariamente se habían podido establecer. Interesa, sin embargo, hacer muy especial hincapié en el significado que tiene el hecho mismo de establecer criterios de carácter general o que los que se sancionen para cada caso en concreto los fije el Parlamento. Se objetiviza así jurídicamente un proceso que, no obstante su singularidad, no puede ni debe quedar exclusivamente a la libre discrecionalidad del Gobierno, como entre nosotros ocurre. Las prescripciones habituales de nuestras viejas leyes de Administración y Contabilidad, cada vez más desdibujadas, que le negaban a aquél habilitación bastante para la disposición de los bienes del Estado, reafirman el buen sentido que las inspiraba. Unas fórmulas que es obligado destacar, ya que la práctica de la privatización del sector público en España ha dependido *únicamente* del Gobierno (59). Un fenómeno que sin embargo, dígame lo que se

(58) La ley de 6 de agosto de 1986 sería modificada por la de 10 de julio de 1989, precisamente en relación con este punto concreto, introduciendo dos nuevos apartados. En el primero de ellos —que es el que aquí interesa— recoge una restricción a la libre transmisibilidad de acciones de las sociedades privatizadas hasta el 31 de diciembre de 1992, de forma que «cuando tal transferencia tenga como efecto situar la participación de una o varias [personas], actuando de común acuerdo, en el 10 por 100 o más del capital de la sociedad, debe ser comunicada al Ministro de Economía que puede oponerse a ella mediante Resolución motivada en un plazo de diez días si lo exige la protección de los intereses nacionales. Este porcentaje se calcula en derechos de voto. En los demás casos, las transmisiones son libres, a pesar de cualquier pacto contrario anterior que pudiera haber a la ley». Llama la atención que, con tal alcance, la ley fuera impugnada ante el Consejo Constitucional. Los motivos de la impugnación fueron: que se entendía contraria al principio de libertad de empresa; al derecho de propiedad —al supeditar la libre disposición de las acciones de las sociedades privatizadas, una vez adquiridas, a la autorización señalada, así como al declarar nulos los pactos anteriores en los que se hubiesen acordado restricciones a su libre transmisibilidad—; que esta declaración *ex lege* de nulidad respecto de los pactos que hubieren establecido tales restricciones, vulneraba el principio de irretroactividad que, aun cuando no aparece establecido directamente en la Constitución, debe entenderse comprendido en el de seguridad jurídica (art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) así como en la referencia a los principios fundamentales recogidos por las leyes de la República (Preámbulos de las Constituciones de 1964 y 1958); y contraria también, por último, al principio de igualdad. El Consejo Constitucional, sin embargo, entendió por Decisión de 4 de julio de 1989 que la ley que, en los puntos señalados, modificaba la de 6 de agosto de 1986 no era contraria a la Constitución, que pasó por tanto a ser la ley 89-465, de 10 de julio de 1989; vid. el texto de esta Decisión del Consejo Constitucional francés en «Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales» (junio 1991), 122, 115 y ss.

(59) Cfr. sobre este punto concreto, lo ya dicho *supra* en nota 49.

quiera, no ha alcanzado entre nosotros mayor significado cuantitativo. En algunos casos, se ha concretado al cumplimiento de determinadas exigencias derivadas del derecho comunitario; también, y principalmente, a una reordenación interna del propio sector público para mejorar su situación financiera, enajenando parte de sus activos, sin perder, en principio, la participación mayoritaria del mismo en distintas sociedades; o, por último, se ha referido a empresas de evidente carácter marginal.

3. *Reflexiones sobre el distinto significado que ofrece el tema de la privatización*

Privatización del sector público no es, pues, otra cosa que transferencia del mismo al sector privado. Junto a ello, y en directa consonancia con los fundamentos en los que el referido fenómeno se apoya, privatización del sistema económico —liberalización del mismo— es, además de lo anterior, reducción de su regulación coactiva y obligatoria por parte de los Poderes públicos. Este último tema, obviamente, de mucho mayor alcance que el anterior, es en el que precisamente hay que situar la privatización del sector público; en definitiva, como una manifestación más de la privatización del sistema económico. Su estudio, sin embargo, escapa del ámbito concreto del tema de las empresas públicas que es el que aquí debemos considerar. No obstante, parece oportuno recoger algunas reflexiones de carácter general; principalmente, en cuanto que al socaire de la privatización, se superan de modo habitual los contornos a los que responden los conceptos expuestos de la misma y —esto es lo paradójico— ello se sanciona recurriendo precisamente a la fórmula de las empresas públicas.

Unas observaciones de carácter general, en primer lugar. Nada tengo que objetar, sino muy al contrario, a la reafirmación que entre nosotros viene haciéndose últimamente por parte de los distintos Poderes públicos del principio de libertad de empresa. Se trata de una valoración que sería de desear fuera asumida con todas sus consecuencias. Un principio en el que viene insistiéndose con reiteración; con tanta, que diré, incluso, que casi resulta sospechosa. Baste, por ejemplo, observar el énfasis con que lo refieren las Exposiciones de Motivos de las leyes más recientes sobre estas cuestiones: así, y entre otras, a modo de simple ejem-

plo, las de las leyes 16/1989, 32/1989 y la de la ley 3/1991. Planteamiento a asumir, en mi opinión, evidentemente positivo, en cuanto sería de desear supusiera, en la práctica, el abandono de la interpretación unilateral que desde 1982 viene haciéndose del artículo 38 CE. Una Constitución que, no se olvide, fue resultado del consenso de muy distintas fuerzas políticas que respondían a postulados económicos notablemente diferentes. Superar, pues, una interpretación fragmentaria y unilateral del artículo 38 CE, por otra parte, notablemente reductora del alcance del derecho allí sancionado, constituye un paso importante.

Bien está, pues, postular —y hacerlo con toda radicalidad— la aplicación sustantiva de los principios de nuestra Constitución económica. Postular, también, el necesario y lógico acotamiento de los ámbitos de actuación de los Poderes públicos en el ámbito económico; e, igualmente, con todo su alcance, los principios de un sistema económico en el que la libre iniciativa sea determinante. Ahora bien, todo esto tiene un significado muy preciso. Muy distinto, sin embargo, a la auténtica mitificación que se está haciendo del mercado, al intentar de convertirlo en principio rector y casi exclusivo de toda la acción política; también, en parámetro obligado, único y exclusivo, de la propia organización social. Son cosas muy distintas. No conviene entremezclarlas. Tendencias, estas últimas, que hay que poner en relación con el reiterado e insistente recurso a lo privado con el que, desde muy distintas posiciones, se pretende caracterizar lo público (60).

La *mitificación* indiscriminada de lo privado frente a lo público —insisto en el término—, también, de lo individual frente a lo colectivo y solidario, conduce, aparte de a situaciones no deseables, a un proceso de debilitamiento del Estado que, en principio, no es bueno (61). Son muchas, continúan siendo muchas las

(60) Muy luminosas páginas de advertencia, ha escrito sobre estas cuestiones R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía*, Madrid, 1988: «De la economía española: la larga marcha hacia la liberalización», en *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, 727 y s.

(61) En relación con estas cuestiones baste recordar la reciente admonición de Juan Pablo II en la Carta Encíclica *Centesimus Annus. La problemática social hoy*, Madrid, 1991, 34 y s. «Da la impresión —dice— que, tanto a nivel nacional como de relaciones internacionales, el libre mercado sea el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades. Sin embargo, esto vale sólo para aquellas necesidades que son "solventables" con poder adquisitivo, y para aquellos recursos que son "vendibles"; esto es, capaces de alcanzar un precio conveniente. Pero existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado.» Y es precisamente en relación con ellas, en la lucha que para su satisfacción se califica de justa,

necesidades colectivas a satisfacer que siguen requiriendo soluciones que, en modo alguno, cabe alcanzar conforme a los criterios a deducir de las reglas del mercado. De ahí, la necesidad, de salir al paso de algunos de los planteamientos, no infrecuentes, que de forma tan radical tratan de alcanzarse al amparo de la llamada privatización. Un tema que, además, está operando entre nosotros en términos notablemente equívocos, al incidir también en ámbitos que superan los del propio sector público e, incluso, los del propio sistema económico.

Es ésta la segunda perspectiva desde la que igualmente querría considerar el tema. El fenómeno privatizador se traslada así a esferas ajenas, del todo diferentes, a aquellas en las que se originara. Singularidad cualitativa que conviene advertir. Privatización de funciones y de servicios públicos —en cuanto se encomiendan al sector privado— que, además, entre nosotros aparece cargada de contradicciones. Mientras es notorio que se privatizan servicios públicos, incluso aquellos caracterizados por el ejercicio inequívoco de autoridad —el de los servicios de seguridad es el ejemplo más caracterizado—, y el Estado procede además a enajenar parte de su patrimonio inmobiliario conforme al mercado —el ejemplo de los cuarteles es aquí significativo—, se establece simultáneamente un régimen urbanístico que supone una profunda intervención pública del sector y, al mismo tiempo, se lleva a cabo también una progresiva *publicatio* de diferentes actividades *sociales* —medios de comunicación, sanidad, enseñanza, etc.—, en un proceso de creciente intervención pública en todas esas actividades.

Hay también, por último, una tercera perspectiva desde la que considerar el tema de la privatización. Su contenido difiere de las anteriores. Interesa también tenerla muy en cuenta.

tanto «contra un sistema económico, entendido como método que asegura el predominio absoluto del capital, la posesión de los medios de producción y la tierra, respecto a la libre subjetividad del trabajo del hombre», como contra el sistema alternativo, el sistema socialista, que de hecho es un capitalismo de Estado, que Juan Pablo II habla de «una sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación... [que no], se opone al mercado, sino que exige que éste *sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado*, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad». En relación con ello, en un punto me interesa ser muy preciso. Es sabido «el lento despertar de los católicos ante los problemas sociales» y que sólo tardíamente se enfrentan con ellos. No obstante, el reconocimiento de un protagonismo expreso de los Poderes públicos para afrontar precisamente esa problemática, ha sido prácticamente constante desde que en 1848 insistiera precisamente en la necesidad de la intervención estatal la Escuela de Maguncia: vid. sobre estas cuestiones, G. MARTINA, *La Chiesa nell'età dell'Assolutismo, del Liberalismo, del Totalitarismo*, Brescia, 1973, vol. III, *in totum*.

La utilización de fórmulas organizativas de carácter jurídico-privado, así como de procedimientos de actuación de análoga naturaleza, venía siendo habitual, como ha quedado dicho, en el actuar de las empresas públicas. Estas, sin embargo, concretaban su ámbito operativo en los términos ya vistos. Y será en relación con este planteamiento, que está operándose en nuestro sistema jurídico-administrativo un fenómeno que también se califica de privatización: funciones y cometidos de inequívoco carácter público, su ejercicio, en el seno de la Administración, se remite a organizaciones de carácter privado que, además, pasan a desempeñarlos conforme a procedimientos de esta misma naturaleza. Es la tercera de las vertientes desde la que hay que considerar el tema de la privatización. Posibilidad, recientemente contemplada por la importante STS de 29 de noviembre de 1990 (Ponente Sr. Mendizábal Allende) que precisamente considera el ejercicio de esas funciones «mediante sociedades anónimas *ad hoc*, cuyo capital sea enteramente público». Modalidad —añade— permitida por nuestro ordenamiento jurídico, «como fórmula de evasión del Derecho público para hacer más flexible y eficaz el funcionamiento de ciertas actividades de carácter empresarial».

Este último fenómeno, además, va a pivotar de modo muy singular sobre la fórmula de las empresas públicas. Habremos de referirlo con un cierto detalle más adelante. De todos modos, las precisiones anteriores han sido necesarias para señalar el muy distinto alcance que, según los casos, ofrece un tema como el de la privatización, por encima del significado semántico que ofrece un mismo término.

IV. UNA NUEVA HUIDA DEL RÉGIMEN COMÚN: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 LGP. CONSECUENCIAS

1. *Los enunciados positivos: la introducción de un nuevo tipo de organización del sector público: artículo 6.5 LGP; referencia a las llamadas Administraciones independientes*

La LGP, desde su versión inicial, en concreto, en su artículo 6, que, como es sabido, es el que establece el concepto y régimen jurídico de las sociedades estatales, ha sido objeto de distintas modificaciones. En virtud de la Disposición adicional 14 de la ley 44/1983, de 28 de diciembre, aprobatoria de los Presupuestos

Generales del Estado para 1984 se había matizado ya en el primero de sus apartados que la participación mayoritaria del Estado o de sus organismos autónomos en las sociedades mercantiles que constituían sociedades estatales, podría ser directa o indirecta. A su vez, la ley 33/1987, de 23 de diciembre, introducirá en el mismo artículo una nueva modificación que, no obstante haber pasado un tanto desapercibida, va a resultar de incuestionable trascendencia. Es, a la postre, la que lógicamente refleja también el texto refundido de la LGP, aprobado por Real Decreto-legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, dictado en virtud de la autorización otorgada al Gobierno por la Disposición final tercera de la ley 21/1986, de 23 de diciembre, prorrogada para todo el año 1988 por la Disposición final primera de la referida ley 33/1987.

No obstante pueda resultar en parte reiterativo, conviene transcribir en su totalidad el texto del *vigente* artículo 6 LGP para ver el alcance de las modificaciones introducidas. Dice así:

«1. Son sociedades estatales a efectos de esta ley:

a) Las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoritaria la participación *directa o indirecta* de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público.

b) Las Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado.

2. Las sociedades estatales se registrarán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente ley.

3. La creación de las sociedades a que se refiere la letra *a)* del número 1 anterior y los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos y *entidades de derecho público* en las mismas, se acordarán por el Consejo de Ministros.

4. La gestión de las Sociedades estatales se coordinará con la Administración de la Hacienda pública en los términos previstos en esta Ley.

5. *El resto de Entes del Sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica.*

En todo caso, se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la presente ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas.»

Es necesario valorar debidamente el cambio que esta modificación supone, realmente notable. De modo principal, en cuanto el apartado 5 del artículo 6 establece un nuevo concepto entre las posibles organizaciones que integran el sector público.

La primera cuestión que se plantea es, lógicamente, la de si tales entidades son encuadrables o no en el concepto de sociedades estatales. El artículo 124 de la Ley de Presupuestos 33/1987, que es el que lleva a cabo la modificación referida, coloca el artículo 6 LGP bajo el epígrafe de «Concepto de sociedades estatales». Así cabría deducirlo también, en principio, de encabezamiento del propio artículo 6 LGP. No obstante, puede resultar cuestionable que esas nuevas organizaciones responden a la calificación jurídica de sociedades estatales, a la vista del tenor literal del apartado 5: «*El resto de los entes del sector público no incluidos en este artículo [que es el que regula las sociedades estatales] ni en los anteriores...*», que son en los que se contemplan los organismos autónomos. Es decir: parece que la referencia lo es a entidades que no se incluyen ni en uno ni en otro grupo. A su vez, en los distintos supuestos en los que se ha procedido a la creación de tales entidades, *expresamente se ha eludido su calificación como sociedades estatales*. Y además, y es lo que es más significativo, a las organizaciones referidas se las somete a un régimen jurídico del todo diferenciado: plenamente, a su normativa específica (art. 6, cinco, 1, *in fine*), al margen de toda ordenación que pueda tener un cierto carácter general; incluso, la LGP que, como es sabido, es de aplicación *directa y prioritaria* a las sociedades estatales —las normas de derecho mercantil, civil y laboral que les son de aplicación, lo son sin perjuicio de la LGP—, va a jugar en relación con esas nuevas organizaciones un papel más que relativo, ya que no les es de aplicación, salvo en lo que *expresamente se refiera a ellas*.

El texto que analizamos cabe pensar que pretende ofrecer una referencia a supuestos que, con anterioridad, podían entenderse comprendidos en el artículo 6.1.b) LGP. La huida de la regulación contenida en esta última ley, parece estar muy presente en el nuevo tipo que ahora establece, en concordancia con las que vienen calificándose como Administraciones *independientes*. Entre ellas se incluirían el Banco de España, RTV, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y otra serie de Administraciones públicas de régimen jurídico *totalmente* singularizado. En todo caso, se trata de una referencia formal, simplemente enunciativa. En los términos que precisa la LGP, las referidas Administraciones están totalmente sometidas a sus normas particulares. Nada en común les es prácticamente referible. Una posible doctrina *general* de tales Administraciones independientes, tiene que partir necesariamente de este último hecho que, lógicamente, poca apoyatura ofrece para fundamentar una consideración de tales características de generalidad, y de la constatación, en su caso, de algunos rasgos más o menos comunes, entre los que, quizá, habría que destacar, por la muy señalada neutralidad (62) con la que aquéllas deben operar, su especial y directa vinculación con los órganos parlamentarios. Neutralidad, que se predica de estas Administraciones independientes —lo que no quiere decir que, en efecto, caracterice en la práctica la gestión de las mismas— y que corre el riesgo de hacer olvidar que el artículo 103 CE es referible a todas las Administraciones públicas. En definitiva, el artículo 6.5 LGP trataría de categorizar un fenómeno semejante al de las *Federal Agencies*, las *Independent Regulatory Commissions* o los *Mediateur* (63), problemática que está de plena actualidad entre nosotros (64).

En cualquier caso, lo que hay que advertir es que esta fórmula de las llamadas Administraciones independientes o, más propiamente, la que sanciona el artículo 6.5 LGP no se trata sólo de referirla a unas organizaciones a crear; está teniendo además una

(62) Con carácter auténticamente pionero, y resaltando esta última circunstancia, se refirió al tema entre nosotros J. M. SALA ARQUER, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las llamadas Administraciones independientes*, en «REDA» (1984), 42, 401 y s.

(63) Una amplia información sobre todas estas cuestiones, en la obra colectiva que más ampliamente ha estudiado el tema, C. A. COLLARD-G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1982.

(64) En relación con ello, hay que referir el Curso organizado por la UIMP en colaboración con la Escola d'Administració Pública de Catalunya, sobre *La aparición de una nueva forma de regular las Administraciones independientes*, Barcelona, julio 1991.

importante y amplia aplicación en la recalificación de entidades ya existentes. Es un extremo en el que conviene insistir.

En algo tan simple como lo que ha quedado recogido, con la sanción de esas nuevas y atípicas entidades y, también, con la reconducción a ese supuesto de otras ya existentes, se está produciendo, de modo un tanto sigiloso, uno de los cambios de nuestra Administración que me atrevo a calificar como más trascendentales. Un cambio —tendencia a la multiplicación de Administraciones independientes—, que respondiendo al apriorismo elemental de desmontar todo lo existente, es también expresión, una más, del fenómeno reiterado de huida hacia lo particular y propio. Se trata de salir, de huir, de toda regulación general, para concretarse, de modo casi exclusivo, en la ordenación estatutaria específica de cada una de ellas.

Introducción, pues, de un nuevo concepto organizativo. Es un primer dato a retener. Junto a él, hay que considerar, además, la siempre reiterada habilitación al Gobierno para suprimir organismos autónomos y entidades públicas, refundir o modificar su regulación con objeto de contribuir a la racionalización de la Administración (*isic!*) (art. 117 de la ley 37/1988, de 28 de diciembre; art. 80 de la ley 4/1990, de 29 de junio; art. 96 de la ley 31/1990, de 27 de diciembre). Y será contando con estas dos posibilidades y, naturalmente, con las generales que contienen la LEEA y la LGP, que se procede a una muy profunda mutación de nuestra Administración pública. Caracterizada siempre por la búsqueda de una ordenación singularizada, va a tratar de hacerse realidad a través de tres líneas de actuación que conviene retener. En *primer* lugar, cambio, fragmentación reiterada de la organización de la Administración del Estado, mediante la creación de nuevos organismos autónomos —generalmente, de carácter comercial, industrial, financiero o análogo—. En *segundo* lugar, reconversión de organismos autónomos en sociedades estatales, generalmente del supuesto del artículo 6.1.b). Por último, creación de las nuevas entidades del artículo 5.6 o inclusión en ellas de sociedades estatales ya existentes. En los dos últimos supuestos, y ante la falta de cualquier regulación de carácter general, será un largo artículo, generalmente de las leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado, el que contenga el régimen específico y singular de esas entidades.

2. *Las vías seguidas para establecer los nuevos cometidos de las empresas públicas*

El fenómeno que refiero tiene un alcance que cabe calificar de insospechado. En mi opinión, no se valora debidamente. A sus consecuencias me referiré más adelante. De todos modos, y para conocer lo que representa, me parece de interés tratar de referir, sin afán alguno de exhaustividad, las dos manifestaciones a través de las que, principalmente, se lleva a cabo.

En primer lugar, en las distintas normas de carácter general que últimamente sancionan la regulación de los diferentes sectores, la organización administrativa que al efecto se establece responde en principio, en su totalidad o en parte, a las fórmulas señaladas: regulación de Puertos autónomos; legislación urbanística (mediante la creación de la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo, SEPES); en el ámbito del Comercio exterior (ICEX); en el de la promoción y ordenación general de la investigación científica y técnica (art. 10.1, CEDETI; y art. 13, Organismos públicos de Investigación, de la ley 13/1986, de 14 de abril); en la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (art. 175, RENFE, 'como sociedad estatal de las del art. 6.1.b) LGP; ENATCAR, en la Disposición adicional primera, como sociedad estatal de análoga naturaleza), etc. (65). También, en la nueva regulación del crédito oficial llevada a cabo por el Decreto-ley 3/1991, de 3 de mayo, en la que, como paso previo para la constitución como sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) LGP, la Corporación Bancaria de España, S. A., se establece la conversión del organismo autónomo Caja Postal en sociedad estatal de las contempladas en el ya citado artículo 6.1.a) LGP. En el mismo sentido, cabría referir igualmente la ley 7/1991, de 21 de marzo, por la que se crea el Instituto Cervantes como entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.5 LGP. En todos estos casos, como puede verse, tienen acogida las tres vías señaladas a través de la organización que se establece en la regulación más reciente de muy distintos sectores de la actividad administrativa.

(65) Cfr. en detalle sobre estos supuestos, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, 347; J. A. SANTAMARÍA, 1207 y s.; también, J. C. LAGUNA DE PAZ, 67 y s. y *passim*.

La realidad que consideramos ofrece una creciente amplitud. Todavía se evidencia más, si tenemos en cuenta en segundo lugar, el otro de los cauces a través de los que se sancionan los procedimientos referidos. No es otro que el del habitual recurso a las leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado. En relación con ello, baste tener a la vista el contenido de las últimas cuatro, que son las habidas desde la modificación del artículo 6 LGP, para ratificar el juicio expuesto. Merece la pena que nos detengamos en su consideración.

Así, el artículo 127 de la ley 33/1987 lleva a cabo la transformación del organismo autónomo Instituto de Crédito Oficial en sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.b) LGP; lo mismo, el artículo 128 de la misma ley en relación con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. La ley 312/1988, aprobatoria también de los Presupuestos Generales del Estado, constituye como organismo autónomo de carácter administrativo la Escuela de Hacienda Pública (art. 119); la Escuela de Organización Industrial se transforma, de organismo autónomo de carácter administrativo, en organismo autónomo comercial (art. 121); la misma ley crea como organismo autónomo de estas últimas características el Centro Nacional de Información Geográfica (art. 122); el organismo autónomo Instituto Nacional de Industria, el artículo 123 lo transforma en sociedad estatal del tipo de las previstas en el artículo 6.1.b) LGP y, con análoga naturaleza, se crea RETEVI-SION (art. 124). En la ley 4/1990, de 29 de junio, aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado para 1990, el artículo 81.2 convierte el organismo autónomo Administración Turística Española en sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) LGP con la denominación de Paradores de Turismo de España; el artículo 82 crea la entidad Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea conforme al supuesto del artículo 6.5 LGP; los artículos 83, 84 y 85 de la misma ley configuran como organismos autónomos de carácter administrativo, el Centro de Arte Reina Sofía, el Centro de Investigaciones Sociológicas y la Escuela Nacional de Sanidad. Por su parte, la ley 31/1990, de 27 de diciembre, aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado para 1991, crea (art. 97) el organismo autónomo de carácter administrativo Biblioteca Nacional; el de carácter comercial, Correos y Telégrafos (art. 99), que desempeñará las funciones básicas de la anterior Dirección General de Correos y Telégrafos; y con análogo carácter, el Centro

Español de Meteorología (art. 100). A su vez, el organismo autónomo Escuela Oficial de Turismo, se transforma en sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.b) de la LGP; como ente de derecho público de los establecidos en el artículo 6.5 LGP se crea (art. 103) la Agencia Estatal de la Administración Tributaria —ordenación legal que ya ha sido alterada—, nada menos que para llevar a cabo «la gestión, inspección y recaudación del sistema tributario estatal y de aquellos recursos de otras Administraciones públicas nacionales o de las Comunidades europeas» que se le encomienden, estableciéndose también (art. 103.3) que para el ejercicio de sus funciones «la Agencia podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten *la forma de sociedad mercantil*, y cuyo objeto social esté *vinculado* con los fines y objetivos de aquélla» que ya se han recogido.

El listado recogido, aunque su exposición haya podido resultar un tanto tediosa, es expresivo por demás del alcance que tiene el tema. Basta su referencia singular; no es necesario mayor comentario. A la vista del mismo, es obvio que la cuestión fundamental que se plantea es naturalmente la de cuáles son, en efecto, las consecuencias *reales* del fenómeno expuesto. Es a lo que ahora habré de referirme.

En *primer* lugar, hay que destacar que la fórmula de las empresas públicas, de modo principal, la de las llamadas *sociedades estatales* que, según se vio, había estado vinculada habitualmente casi con carácter exclusivo a la producción de bienes y servicios, servicios incluso públicos, trasciende este ámbito para, en muchas ocasiones, ejercer directamente auténticas funciones públicas. Funciones que, hasta ahora, habían venido siendo desempeñadas por diferentes Administraciones públicas, la del Estado o las de los diferentes organismos autónomos. El cambio que ello supone es importante. Constatación, pues, de una realidad que hay que valorar en todo su alcance. En el bien entendido que para fijarla debidamente, hay que notar también que el hecho de referir a sociedades de este tipo el ejercicio de funciones públicas, ha sido recogido, casi con carácter habitual, en la realmente prolífica creación de empresas públicas que a tal fin han llevado a cabo las Comunidades Autónomas (66). La gestión por éstas de no pocas

(66) A este fenómeno y a su significado, me he referido con cierta extensión en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, 303 y s. Algunos ejemplos en los que se configuran como empresas públicas las organizaciones que las Comunidades Autónomas han creado para gestionar distintos servicios transferidos del Estado: leyes

de sus funciones, funciones públicas transferidas del Estado, con frecuencia, no han sido asumidas por órganos de la Administración autonómica en su sentido propio, sino por entidades descentralizadas, configuradas como empresas públicas. El fenómeno tiene, pues, un alcance realmente notable que debe destacarse. Porque si delirante es, como se vio, el mundo de la Administración instrumental en el ámbito del Estado, todavía lo es mucho más en el de la Administración de las Comunidades Autónomas. Las razones que haya podido haber para adoptar tales soluciones, no son fáciles de precisar. Acaso, el entender que la experiencia habida de desempeñar esas funciones por órganos directos de la Administración del Estado o por sus organismos autónomos, a la vista de sus resultados, no podía considerarse buena. No lo sé. Ha habido también el deseo inequívoco de establecer un hecho diferencial, algo distinto. Aspiración que, sin embargo, ha tratado de sancionarse reiterando las mismas situaciones patológicas que se daban en la Administración del Estado. En cualquier caso, está desde luego por demostrar que el cauce seguido sea el adecuado. No lo parece, a la vista de la experiencia habida en ese ejercicio de funciones administrativas, en su sentido más propio, por parte de las Comunidades Autónomas por medio de organizaciones configuradas como empresas públicas.

Es éste un primer extremo a considerar. Junto a la notable amplitud que en la Administración del Estado presenta el ejercicio de funciones públicas a través del cauce de las empresas públicas, una Administración que, prácticamente, está naciendo, como es la de las Comunidades Autónomas, afirma de modo creciente su organización y su propia estructura conforme a las fórmulas que venimos considerando.

4/1980, de 16 de diciembre; 10/1981, de 2 de diciembre; 4/1982, de 5 de abril; 11/1982, de 8 de octubre; 2/1985, de 2 de enero; 25/1987, de 28 de diciembre, todas ellas del Parlamento de Cataluña, y que llevaron a cabo la constitución y regulación del Instituto Catalán del Suelo, del Instituto Catalán de Servicios de la Juventud, de la Comisión de Puertos de Cataluña, del Instituto Catalán de Finanzas, de la Entidad autónoma del Diario Oficial y de las publicaciones de la Generalidad de Cataluña, etc.; el artículo 7 de la ley de 23 de julio de 1984, de Reforma agraria de Andalucía, procedió a la creación del IARA con tales características; también el artículo 7 de la ley de 20 de diciembre de 1984 sobre Régimen de Abastecimiento y Sancionamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Madrid; la ley de 4 de marzo de 1983 de creación del Instituto Regional de Andalucía; la ley de 10 de mayo de 1984 de creación del Instituto de la Pequeña y Mediana Industria de la Comunidad Valenciana; la ley 6/1987, de 23 de diciembre, del Principado de Asturias, por la que se constituye con forma de sociedad anónima, una empresa pública para la inspección técnica de vehículos, etc.

El *segundo* extremo que hay que señalar es el de que las distintas variables que el fenómeno presenta —organismos autónomos de carácter comercial, económico o financiero; sociedades estatales; entes de los previstos en el artículo 6.5 LGP—, habida cuenta, además, del destacado significado que en todos los casos ofrece el derecho singular de cada una de las organizaciones, confirman y afianzan el proceso de huida de cualquier regulación administrativa general; y, también, y esto es lo que realmente hay que resaltar, sancionan esa huida, recurriendo no sólo a fórmulas de *organización* sino también de *actuación* de carácter fundamentalmente privado; en concreto, y de modo muy señalado, de carácter mercantil.

La importancia de los dos extremos últimamente señalados relativos a las fórmulas organizativas y a los procedimientos de actuación, requiere que, aunque sea de modo sucinto, los consideremos seguidamente.

V. LA EMPRESA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA A UNA ADMINISTRACIÓN QUE NO SIRVE. PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA: CONSECUENCIAS

La problemática que encierran los dos puntos que refiere el epígrafe anterior, es en extremo compleja. También, los criterios a seguir para su análisis y enjuiciamiento. No obstante, muy consciente del significado que ofrecen, parece de interés considerarlos enunciando de modo un tanto asistemático una serie de cuestiones para resaltar su alcance, tratando de introducir además unas reflexiones sobre sus posibles consecuencias. No otra cosa pretendo.

1. *Una opción en la reforma de la Administración pública que no aparece acreditada: empresas públicas y funciones públicas*

Unas consideraciones previas sobre la cuestión que se acaba de enunciar. Es fácil convenir en relación con ella, casi como auténtica cuestión de principio, que nuestro sistema administrati-

vo constituye una auténtica desgracia nacional (67). Se trata de algo obvio en lo que no parece sea necesario insistir mayormente. Una valoración que se acrecienta, para convertirse en auténtica tragedia, si consideramos los sistemas de gestión de la Administración pública que, de una u otra forma, suponen realización de gasto público. Su regulación vigente los hace prácticamente inutilizables; no operativos. En el bien entendido que quiero dejar bien claro que el juicio que formulo en ningún momento cuestiona la existencia de las lógicas intervenciones y de los necesarios controles sobre la actividad administrativa que directamente se derivan de la Constitución y que, en última instancia, son consecuencia directa del principio de legalidad. En modo alguno. Es preciso insistir en lo que acabo de advertir; máxime, habida cuenta los vientos que soplan, porque al socaire de una siempre reclamada flexibilidad de la Administración las soluciones que con frecuencia se postulan de lo que casi siempre tratan es de eludir cualquier tipo de control y de fiscalización.

La valoración crítica que formulo a nuestro sistema administrativo no se sitúa en el orden de consideraciones señalado. En modo alguno. Se trata, por el contrario, de enjuiciar la realidad que ofrece nuestra Administración y situarse en una vertiente del todo distinta: simplemente, insistir y ser muy consciente de que nuestra Administración no funciona —no puede funcionar— en cuanto en su actuación tiene que seguir una carrera retardataria y llena de obstáculos. Es la que impone nuestro ordenamiento vigente a la actuación de la Administración, inspirado —según se dice— por el doble principio de la garantía para el administrado y la desconfianza para el administrador.

La más somera consideración de los procedimientos a los que nuestra Administración debe acomodar su actuar, y de los sistemas de intervención cuando ese actuar tiene cualquier incidencia en el gasto público, avala lo que se dice. Una realidad que, además, resulta incompatible con las exigencias que el *tempo* político impone para la puesta en práctica y la realización de determinadas actuaciones; incompatible, también, con el momento en que deben llevarse a cabo. Es una situación que está ahí; no cabe desconocerla, ni negarla. Eficacia en la gestión política, en la gestión

(67) La expresión que recojo en el texto es de M. S. GIANNINI, 33. Plenamente aplicable también a nuestro sistema administrativo: cfr. con carácter general, S. MARTÍN-RETORTILLO, *El reto de una Administración racionalizada*, Madrid, 1983; y muy especialmente, A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984.

administrativa: un logro que, con frecuencia, viene resultando incompatible con el más elemental respeto a los principios que el Estado de Derecho impone. Y, lo que es más paradójico: parece que sólo ignorando estos principios puede aquella gestión ser eficaz.

El artículo 103 CE sitúa a las Administraciones públicas en una inequívoca situación de servicio; posición también ancilar e instrumental para la satisfacción de los intereses generales a los que debe *servir*. Cumplimiento de unos fines. Constató un dato: realización de una tarea que el artículo 9.3 CE perfila con caracteres muy precisos, y para la que evidentemente no sirve la Administración de la que disponemos. Que *servir* significa no sólo depender, sino también *valer, ser útil* para la función que se señala (68). Y nuestra Administración no lo es para la tarea que debe cumplir. Lograr esa adecuación o, al menos, aproximarse a ella, es lo que, en su misma elementalidad, constituye la esencia misma de cualquier proceso de reforma administrativa.

Y como respuesta a la situación que vengo refiriendo, se hace entrar en juego la fórmula de las empresas públicas. Tratar de buscar una Administración que sirva. En el fondo, quiero pensar, es lo que en gran medida explica ese mantenido y reiterado proceso de fuga de las distintas organizaciones administrativas de cualquier ordenación general. No ya en busca de una eficacia perdida, sino de una eficacia nunca alcanzada, a la que parece oponerse cualquier ordenación que revista caracteres de generalidad. Recurso, pues, a ordenaciones particularizadas y singulares con los riesgos evidentes que ello comporta (69). Y como corolario de este proceso, fórmulas organizativas que *sirvan* para la eficaz gestión de las funciones públicas; ante la inservibilidad de las específicas de la Administración en su sentido propio, se acude, de forma realmente indiscriminada, a la fórmula de las empresas públicas. A través de éstas, por tanto, se realizará una auténtica función administrativa. Empresas mercantiles, sociedades anónimas, auténtica cobertura de verdaderas Administraciones públicas, que emanan auténticos actos administrativos.

A la afirmación y desarrollo de la realidad expuesta parece

(68) He expuesto estas ideas con una cierta amplitud, además de en la op. cit. en la nota precedente, en mi trabajo «Perspectivas de la Administración pública», publicado en la obra colectiva dirigida por J. LINZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *España: un presente para el futuro*, vol. II, *Las instituciones*, Madrid, 1984, 225 y ss.

(69) Cfr. refiriéndose, en concreto, a estos riesgos M. F. CLAVERO ARÉVALO, 30 y s.

tendencialmente encaminada nuestra Administración (70). De inmediato, surge la cuestión de si se han ponderado adecuadamente las consecuencias efectivas de esta privatización organizativa que se establece como soporte para el ejercicio de funciones inequívocamente públicas. ¿Se ha reparado, de verdad, al menos mínimamente, en la reducción que el planteamiento expuesto supone en el sistema de garantías de los administrados?

Cómo incidir en la posible reordenación de la realidad organizativa presente, y que se abandona, es cuestión distinta. No es desde luego fácil. Requiere rigor extremo y una no escasa dosis de imaginación. Referir las vías que al efecto podrían seguirse, escapa evidentemente de los límites de esta exposición. De todos modos, parece debería ser tarea a abordar de forma explícita, antes de asumir, sin más, las fórmulas de privatización organizativa que venimos refiriendo. Máxime, habida cuenta las consecuencias a las que conducen.

Hasta ahora había sido frecuente en nuestro propio ordenamiento la realidad de entidades públicas-empresas. La aplicación a las primeras de los procedimientos de gestión de estas últimas, conveniente y necesaria, ha sido reiterada hasta la saciedad. Ahora, sin embargo, estamos frente a un fenómeno distinto; el de sociedades mercantiles-Administraciones públicas. Una fórmula en relación con la que es obligado comenzar por plantearse abiertamente si de verdad facilita esa flexibilidad en la gestión, que es lo que formalmente la justifica. Mi respuesta al respecto es negativa. Intencionadamente he tratado de insistir a lo largo de todo este trabajo en los sistemas de intervención y control a los que, a pesar de todo, siguen sometidos los organismos autónomos, las sociedades estatales. He puesto marcado énfasis en ello. Y si lo he hecho ha sido para poder concluir, con fundamento que, en líneas generales, no es menos riguroso que el que deben soportar los órganos de la propia Administración. Es un dato a tener en cuenta. En el bien entendido que si la fórmula que se asume para obviar esos sistemas de control conduce a su eliminación —sería una posibilidad que, formalmente, cabría al amparo del artículo 6.5 LGP—, entonces se corre el riesgo de alterar muy sustantivamente los principios que el Estado de Derecho requiere. Inter-

(70) Es la trayectoria que parece esbozarse en la publicación del Ministerio para las Administraciones Públicas, *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, Madrid, 1990, realmente peligrosa si, como al parecer, se expresan allí los trazos de la nueva reforma administrativa.

vención y control que, por otra parte, son necesarios, imprescindibles, dado el carácter sustantivamente público de la actividad que esas entidades realizan.

Unas últimas consideraciones desde la vertiente organizativa desde la que venimos refiriendo el tema. Estamos ciertamente ante exigencias de reordenación del aparato administrativo que no cabe poner en duda. Necesidad de afrontar la reestructuración orgánica de nuestra Administración. Esto obliga, sin embargo, a plantear, antes que nada, la cuestión de fondo que evidentemente subyace en todas estas cuestiones. No es otra, desde luego, que la de la determinación de las justas dimensiones que debe ofrecer el aparato organizativo de lo público que, *necesariamente*, debe ser controlado e intervenido. Hay en ello, en aras de la propia eficacia, una llamada fundamental, casi nunca escuchada, para su obligada reducción: aligerar su organización administrativa. También, necesidad de afrontar igualmente, con rigor y radicalidad, el planteamiento correcto de los procedimientos de actuación para llevar a cabo esas tareas de intervención y de control. En todo caso, hay que ser muy conscientes de que, en principio, las empresas públicas, en veste de Administraciones públicas, no son institucionalmente más eficaces, no funcionan mejor, no son más flexibles que los órganos de la Administración. Porque —y aquí están las consecuencias negativas del tema—, cuando esa flexibilidad se ha alcanzado, lo ha sido cuarteando principios sustantivos del Estado de Derecho. ¿Se ha pensado lo que significa eludir en las inversiones que la Administración debe llevar a cabo, las garantías que supone el sistema de contratación administrativa porque aquéllas se realicen a través de una empresa pública con forma mercantil? ¿O lo que supone excluir la actividad de esas empresas —salvo que así se acredite expresamente— del control de la jurisdicción contenciosa? ¿O excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la CE establece preceptivamente para la de los funcionarios públicos?

El fenómeno que consideramos, referido hasta ahora a la adopción de fórmulas organizativas de carácter privado, hay que completarlo con el análisis de lo que supone la adopción, de forma igualmente generalizada, de fórmulas de actuar de análoga naturaleza para el ejercicio de los cometidos públicos que esas empresas desempeñan. Es lo que trataré de referir a continuación.

2. *Generalización del actuar administrativo a través de fórmulas de derecho privado*

La realidad señalada abre paso, de inmediato, a la constatación de otra de idéntico sentido. Es la de la significativa relevancia con que, siempre con amplitud creciente, se asumen en el ejercicio de esas funciones públicas como normas de acción, normas de derecho privado. Es extremo fácilmente constatable en los organismos autónomos de carácter comercial, industrial y financiero; resulta evidente en las sociedades estatales; y aparece asimismo generalizado en los entes del sector público a los que se refiere el artículo 6.5 LGP. Los aspectos jurídico-públicos quedan diluidos; casi al máximo. Es una realidad que resulta necesario reconocer en todo su alcance. Sus consecuencias últimas, sin embargo, son difíciles de ponderar; a algunas que de inmediato se plantean, me referiré a continuación.

El tema debe centrarse en sus justos términos, comenzando por recordar que la diversidad de los ordenamientos que la Administración ha venido aplicando, ha sido *siempre* una auténtica constante, desde la fijación que del sistema se derivó de la Revolución francesa (71). De todos modos, el ordenamiento jurídico privado, a pesar del significado *institucional* que de forma incuestionable tuvo para la construcción del ordenamiento jurídico-administrativo (72), ha jugado de modo constante un papel notoriamente complementario. Entre nosotros, diríase que accesorio; siempre, crecientemente accesorio; accesorio en su aplicación directa por la Administración; también, en cuanto a la normativa supletoria en los supuestos de laguna, de norma o de falta de regulación (73). Más todavía: durante muchos años, al intentar

(71) Vid. por todos, la obra ya clásica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1981, *in totum*. Es en el fenómeno señalado en el que el citado autor apoya precisamente su construcción del derecho administrativo como derecho estatutario y propio de las Administraciones públicas, circunstancia que no impide a estas últimas, utilizar otras ramas del ordenamiento jurídico: vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto del Diritto amministrativo como Diritto statutario*, en «Riv. Trim. di Dir. Pubbl.» (1960), 317 y ss.; actualmente también en E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, I, 32 y ss.

(72) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho civil en la génesis del Derecho administrativo*, Sevilla, 1960, en toda su primera parte.

(73) En relación con este particular, resulta obligado recordar, M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como un ordenamiento común*, en «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia» (1952), nov., separata.

explicar las razones últimas del propio Derecho administrativo, hemos venido diciendo, hemos venido explicando, lisa y llanamente, que aquéllas no eran otras que las de que el Derecho común no le servía a la Administración para el cumplimiento de sus fines. Planteamiento por todos reconocido, que ha ido consolidándose en una progresiva línea de absorbente expansión: el Derecho administrativo aparece así, tendencialmente, avocado a regular la casi totalidad de las relaciones en las que de una u otra forma interviene la Administración (74). Un planteamiento que, además, se ha proyectado también en el orden jurisdiccional todavía con mayor alcance, al amparo de la posibilidad de conocimiento de distintas cuestiones prejudiciales en los términos previstos en el artículo 4 LJ.

El fenómeno que ahora consideramos nos sitúa ante una realidad del todo distinta a la expuesta. De ahí, que quepa preguntarse si se inicia un proceso de quiebra de los planteamientos señalados, consolidados poco a poco, desde las posibilidades mismas que al respecto ofrecía la propia LJ. Recurso, pues, y recurso constante a los procedimientos de actuar jurídico-privados. Y ello, con notoria amplitud; están institucionalmente vinculados a la actuación de las empresas públicas, pero en buena parte son asimismo referibles a la, llamémosle actuación *normal*, de no pocas Administraciones públicas. Y como explicación de todo ello, una vez más, la exigida flexibilidad de unos procedimientos que no facilita el ordenamiento jurídico-público.

La solución que refiero me parece de un inequívoco simplismo. Entiendo que más que desechar lo que evidentemente no sirve —los sistemas de actuación jurídico-administrativos— (75), y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar, ¿no resultaría más razonable incidir, e incidir de verdad en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real, que no relegarlos, como se hace, al cajón de los trastos viejos, con lo que quedan ya esclerotizados

(74) Una referencia a toda esta problemática, comúnmente aceptada por otra parte, en L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, en esta REVISTA (1966), 49, 143 y ss.; también, A. PALOMAR OLMEDA, *Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración*, en «Rev. Int. de Ciencias Admvas.», ed. española (1990), 57, 4, 121 y ss.

(75) En estos extremos he insistido recientemente en el Prólogo del libro de E. MALARET, *Régimen jurídico de la reconversión industrial*, Madrid, 1991.

para siempre? ¿Es que es posible mantener, piénsese, por ejemplo, en el ámbito de la Administración económica, que las relaciones *jurídicas* de ésta con los administrados discurren a través de exigencias de peticiones, de plazos para que se entiendan desestimadas por silencio, de recursos previos y de posteriores impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el régimen general establecido al efecto? ¿Es que alguien que mínimamente se encuentre en sus cabales puede entender que éste pueda ser cauce jurídico adecuado para afrontar la regulación que la Administración debe cumplimentar, de modo muy particular, en relación con la realidad económica? Quede planteado lo dicho como alternativa, como esperanzadora alternativa, al proceso de privatización de los procedimientos de actuar de las propias Administraciones públicas.

3. *Consecuencias que se deducen de los dos fenómenos anteriores*

Los que se han referido son dos fenómenos distintos, que es obligado diferenciar. Por una parte, privatización de las fórmulas organizativas de las Administraciones públicas; por otra, privatización también de los procedimientos de actuar, que se da no sólo en los supuestos anteriores, sino también en otros muchos en los que la Administración se mantiene como personificación de derecho público. Es preciso mantenerlos diferenciados; no obstante, sobre sus consecuencias podemos reflexionar en conjunto.

En *primer* lugar, y antes que nada, hay que advertir que esas consecuencias resultan *en estos momentos* de notoria gravedad. Y subrayo la circunstancia temporal, porque asumidas las fórmulas señaladas de forma aislada y *casuística*, nos encontramos que nada se ha hecho todavía para paliar las consecuencias a las que ahora he de referirme. Consecuencias de notoria gravedad, repito, máxime, en los supuestos de empresas públicas que ejercen funciones públicas a través de procedimientos jurídico-privados: ni más ni menos, suponen la reducción, cuando no la cancelación del sistema de garantías que impone el Estado de Derecho. Así de simple; también, así de grave.

Valorar en sus términos exactos el fenómeno que señalo, requiere tener muy en cuenta que las funciones que desempeñan muchas de esas empresas —empresas mercantiles—, tienen un

amplio y directo eco en las situaciones personales de los ciudadanos —créditos oficiales, subvenciones, valoraciones de bienes, urbanismo, vivienda, etc.—. No se trata, pues, de planteamientos abstractos que pueden operar en el ámbito de lo conceptual. No. La confrontación jurisdiccional del ejercicio de todas esas actuaciones es obligada; de modo singular, a la vista de lo que puedan establecer los principios constitucionales y, muy en particular, el de igualdad que sanciona el artículo 14 CE (76). Una confrontación que no garantiza debidamente el sistema actualmente vigente, que, además, en la doble vertiente en la que se manifiesta, va a tener asimismo consecuencias muy notables respecto al cercenamiento que lleva a cabo del propio ordenamiento jurídico-administrativo. No hace falta decir, naturalmente, que si señalo este último extremo no es por defender «la importancia de una disciplina», sino por advertir las consecuencias que de ello se derivan. Sectores muy amplios del ordenamiento jurídico-administrativo, de hecho, están quedando prácticamente relegados, y de continuar la línea que señalo, habrán de serlo a ámbitos casi marginales. Ya lo son, en la práctica, algunos de ellos: así, y entre otros, todo el de la contratación administrativa o buena parte del derecho de la función pública. Hay que pensar también en la suerte que pueden correr la ordenación del procedimiento administrativo o de la propia jurisdicción cuando actuaciones básicas y condicionantes de la Administración puedan discurrir por cauces distintos a los que aquélla establece, o no tengan la cobertura que la jurisdicción ofrece.

Las consecuencias que se derivan de lo expuesto inciden de inmediato, de modo muy fundamental, en la validez del sistema de garantías jurisdiccionales actualmente vigente. Es algo que conviene destacar. Es cierto que algunas de las personificaciones que se encuadran dentro del concepto de empresas públicas —organismos autónomos, sociedades estatales previstas en el artículo 6.1.b) LGP, también, incluso, las entidades referidas en el artículo 6.5 de la misma ley—, son evidentemente personificaciones de derecho público. Esta calificación, sin embargo, para nada altera la conclusión referida acerca del cercenamiento que del sistema de garantías jurisdiccionales representa el fenómeno que se analiza. Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 1 LJ y que

(76) Vid. sobre toda esta problemática, recientemente, J. C. LAGUNA DE PAZ, 290 y ss.

aquéllas han de «ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado». Más todavía: entre nosotros aparece comúnmente acreditada la posibilidad de alcanzar soluciones semejantes a las que se iniciaron con el *arrêt Montpeur*, en cuanto se reconoce la posible revisión jurisdiccional de actuaciones de entidades privadas o, si se quiere más exactamente, de entidades de base privada (77). No obstante, la situación que ofrece el fenómeno que ahora consideramos es muy distinta. Nótese que no se trata de actuaciones administrativas ejercidas conforme a procedimientos de análoga naturaleza por entidades de base privada. Un fenómeno al que, además, resultan muy difícilmente aplicables procedimientos como los de los «actos separables» o los de «la teoría de los grados» que, de una u otra forma, lo que en el fondo tratan es de salvaguardar el obligado sistema de garantías jurisdiccionales. La situación que refiero habrá de obligar a ir a la búsqueda, caza y captura —no siempre posible— de la resolución que administrativamente esos comportamientos, sustantivamente públicos que llevan a cabo entidades mercantiles a través de procedimientos de actuación jurídico-privada (78).

Es éste un primer punto de reflexión a tener en cuenta. Junto a él, y en *segundo* lugar, necesidad de resaltar cómo a pesar de la inequívoca amplitud con la que se sanciona la privatización del actuar de estas entidades, el toque de lo público sigue condicionando tal actuar de modo fundamental. Es algo que conviene tener muy claro y que, a la postre, aparece como corolario de la temática que analizamos. Consecuencia última de lo que, en muy expresivos términos, ha señalado J. L. VILLAR (79) al constatar la tendencia contrapuesta que se da, por una parte, de la administrativización generalizada del actuar de las distintas entidades mercantiles; por otra, de la privatización, si se quiere, más exactamente, de la mercantilización del actuar de las Administraciones públicas. No he de referirme aquí a la primera de las manifestaciones señaladas; es por todos reconocida y, en definitiva, conse-

(77) En relación con ello, en nuestro sistema jurídico, baste la remisión con carácter general a la obra ya clásica de T. R. FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo, Sindicatos y Administración*, Madrid, 1972. Es muy sugestivo el planteamiento que actualmente reciben estas cuestiones en el derecho francés: vid. por todos J. MOREAU, *Droit administratif*, París, 1989, 13 y ss. y 420 y ss.

(78) Cfr. sobre el procedimiento operativo de lo que refiero en el texto, en relación con el tema concreto del crédito oficial, lo que recojo en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, II, Madrid, 1991, 206 y ss.

(79) Cfr. la Ponencia presentada por este autor en este mismo Congreso sobre *Tipología de los organismos instrumentales en el Derecho administrativo*, Sevilla, 1991.

cuencia del incuestionable proceso de intervención administrativa en las relaciones *inter privados* (80). En relación con la segunda, sin embargo, quiero advertir que al mismo tiempo que se generalizan fórmulas organizativas y procedimientos de actuar jurídico-privados por parte de las Administraciones públicas, tal generalización conlleva paradójicamente a destacar en estos casos una serie de peculiaridades que, en cierto modo, excepcionan a su vez la ordenación que con carácter general suponen aquellas fórmulas y procedimientos. Un sector importante de la doctrina alemana —con creciente acogida en la nuestra— reafirmando precisamente el reconocimiento de esas peculiaridades que hay que considerar cuando es la Administración la que actúa con fórmulas y procedimientos jurídico-privados, habla ya de un Derecho civil administrativo, de un Derecho mercantil administrativo que, a modo de subsistemas de estas ramas del ordenamiento jurídico, considerarían precisamente las singularidades, no escasas, que se presentan cuando aquéllas se aplican a las distintas Administraciones públicas (81).

(80) El fenómeno que señalo en el texto es de una evidente obviedad, por todos reconocida. Con carácter general fue ya considerado en su momento por F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954. Me parece sin embargo que requiere algunas precisiones. El referido fenómeno se manifiesta, como es sabido, a través de una progresiva y notable reducción de los márgenes de autonomía negocial en el ámbito del derecho privado, y conlleva la obligada valoración y aceptación de intereses muy distintos que trascienden al ámbito estricto de lo particular, obligando a considerar también otros que presentan un alcance supraindividual, intereses sociales, intereses igualmente públicos. Vid. A. ALFONSO UREBA, 509 y *passim*. Es así que lo público, aun sin la presencia subjetiva de la Administración, trasciende en forma creciente al ordenamiento jurídico-privado. El proceso que señalo, y de cuyo significado hay que ser muy conscientes, se reafirma todavía más a la vista del sometimiento de esas actuaciones privadas al sistema constitucional en los términos en que, por ejemplo, permite la fórmula de la *Drittwirkung*: sobre ello, vid. por todos J. GARCÍA TORRES-A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986. Consecuencia de lo que se dice en relación con la autonomía negocial de las propias sociedades mercantiles es que, además de estar sometidas en el ejercicio de su actividad a muy diferentes intervenciones administrativas, de mayor o menor alcance, tal ejercicio deja de estar disciplinado en buena parte por normas de carácter dispositivo para pasar a serlo por normas imperativas, normas de *ius cogens* cuyo cumplimiento y vigilancia —es esto lo que ahora debe resaltarse— va a encomendarse precisamente a la Administración. El fenómeno referido, en las dos vertientes que presenta, lo he estudiado en concreto en relación con la actividad crediticia de carácter privado en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, II, 135 y ss. y *passim*. Un proceso que, a su vez, puede considerarse convencionalmente como resultado del impacto de los principios del Estado social de Derecho en el ordenamiento jurídico-privado. Y debe advertirse que si hoy, como se ha dicho, se habla de crisis de esa forma de Estado, lo es evidentemente en cuanto aquél se configura promotor y soporte de una serie de prestaciones; no lo es por lo que se refiere a las consecuencias derivadas del impacto citado que, en mi opinión, representan cotas de inequívoca permanencia en la configuración misma del ordenamiento jurídico.

(81) Este tema, en concreto, lo he planteado con una cierta amplitud, en relación

VI. INTENTO DE UNAS REFLEXIONES FINALES DE CARÁCTER GENERAL

La temática de las empresas públicas nos ha permitido constatar las mutaciones sustantivas que se operan en el planteamiento habitual de diferenciar lo público y lo privado; incluso, lo público y lo jurídico-privado en el obrar de la Administración pública. Un planteamiento que, además, no se olvide, fue el que sirvió de apoyatura para establecer en su momento la distribución jurisdiccional en el enjuiciamiento de las distintas actuaciones de la Administración pública. El fenómeno de la *privatización*, en los términos que ahora lo referimos —y que hay que diferenciar de las otras realidades que se refieren con la misma expresión—, es incuestionable. Muchas son las circunstancias a las que se debe. Muy señaladamente, la señalada de que siendo aquella característica del actuar de las empresas públicas —empresas públicas productoras de bienes y servicios que se introducen en el mercado—, se mantiene y consolida cuando éstas amplían el campo de su acción al ejercicio de verdaderas funciones públicas. Quizá también, porque, ciertamente, acaso se había olvidado en demasía la admonición con la que MONTESQUIEU intitula el capítulo IV del libro XXI *De l'esprit des lois* (82) al advertir «qu'il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent des principes du droit civil». No lo es. Es sin embargo una realidad que está ahí. Tampoco sé cuál haya de ser el futuro de este proceso. Poco es lo que por el momento puede conjeturarse sobre ello. De todos modos, creo que son cuestiones que deben ser objeto de reflexión para, con la mayor eficacia posible, tratar de rectificar algunas de las consecuencias a las que da lugar.

Son éstas las que hay que tener muy presente. Porque, ¿se ha pensado, por ejemplo, que los dos cometidos que, en principio, constituyen la esencia del Estado, la seguridad y el ejercicio de la potestad tributaria, van a ser ejercidos en buena parte por quienes están vinculados a *aquél* a través de una relación laboral? ¿Se ha pensado también que, con creces, las mayores inversiones de fondos públicos que el Estado está realizando en los últimos años

con la actuación de la Administración económica, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, 62 y s.; también sobre él, con amplias referencias a la doctrina alemana, además de la op. cit. de ALONSO UREBA, 509 y ss., recientemente, J. C. LAGUNA DE PAZ, 300 y ss.

(82) Vid. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, II, ed. G. TRUC, París, 184 y s.

ante próximas conmemoraciones jubilares, se están llevando a cabo a través de empresas estatales interpuestas, con lo que ciertamente se eluden las *trabas*, pero también los controles, que supone el sistema de contratación administrativa? ¿Qué cometidos habrán de desempeñar en concreto las sociedades mercantiles que constituya la Agencia Estatal de Administración Tributaria al amparo del artículo 103 de la ley 31/1990 que guarden relación con los fines y objetivos de la misma, habida cuenta el carácter eminentemente público de sus funciones, pues nadie negará que lo sea al llevar a cabo la gestión, inspección y recaudación del sistema tributario? ¿Cuáles son también las consecuencias que se derivan de asumir la fórmula de la empresa pública interpuesta, como fórmula de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración? (83).

(83) El tema se plantea, básicamente, en relación con las empresas públicas con forma mercantil. ¿Hasta qué punto queda exonerada de la posible responsabilidad por la actuación de las mismas la Administración que en ellas participa? En su momento, G. ARIÑO, *La empresa*, 192 y ss., denunció ya la situación que señalo en el texto, a la vista de la inequívoca unidad patrimonial que existe entre las empresas públicas y el Estado, habida cuenta el habitual trasvase de fondos que, en la práctica, se lleva a cabo para cubrir la actuación de aquéllas. Se trata de una cuestión de importantes consecuencias prácticas, a la vista, además, de algunas experiencias recientes habidas entre nosotros. En relación con ello, es obligado recordar, una vez más, que no cabe asumir una concepción puramente *legal* de la persona jurídica que determinara la imputación de las distintas actuaciones, *exclusivamente*, a la vista de esos datos. Valoración de carácter general que debe ser acogida con todas sus consecuencias en relación con el tema que ahora considero. Así, por ejemplo, no se cuestionan los efectos, de muy distinta naturaleza, a los que puede responder el fenómeno de la interposición de una sociedad mercantil por parte de otra —o de una Administración pública— de la que exclusivamente constituye un instrumento de gestión, cuando, en el fondo, una y otra responden a una misma unidad de dirección y expresan un único centro de imputación patrimonial. Lo que se cuestiona es que *esa individualización, formalmente diferenciada*, pueda servir de cauce frente a terceros, para la exoneración de la responsabilidad que pueda corresponder a una de las citadas entidades. La necesidad de prescindir y superar la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar la unidad patrimonial que se cobija bajo su manto, es ya cuestión ampliamente reconocida por la doctrina (vid. R. SERIK, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Barcelona, 1958, con muy importante Prólogo de A. POLO; también, F. CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981) y que, cabe decir, ha *asumido de modo muy definido la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (vid. sobre ello, R. DE ANGEL YAGUEZ, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente Jurisprudencia*, Madrid, 1990). Las Sentencias que en esta última obra se citan, y cuya referencia expresa no parece sea necesaria, asumen plenamente la doctrina jurisprudencial, inicialmente norteamericana, según la cual se requiere analizar «los reales intereses que existen o laten» en el interior de las distintas personas jurídicas que actúan por grupos, y en las que no se da una objetiva diferenciación entre la forma jurídica y la realidad económica que en ellas subyace. Doctrina jurisprudencial de nuestro TS acerca del llamado «levantamiento del velo» que, en definitiva, trata de evitar que, por la cobertura formal de la persona jurídica, se puedan lesionar intereses de terceros o exonerar el cumplimiento de determinadas obligaciones. El planteamiento expuesto, aunque sólo sea como punto de referencia, conviene tenerlo también muy en cuenta por su posible aplicación a toda la temática de las empresas públicas. En los términos que han quedado recogidos a lo largo de todas

En mi opinión cabe cuestionar el establecimiento de las que hemos llamado empresas-Administraciones públicas y, también, la forma y el procedimiento con que se han llevado a cabo. Ha sido al margen de cualquier planteamiento de reordenación conjunta de las distintas Administraciones públicas. Era algo que parecía obligado tener en cuenta. Y no, hacerlo realidad de forma saltuaria y aislada como se ha hecho. Se ha olvidado, o se ha prescindido de plantear el tema como un tema que, básicamente, es de política administrativa, política de la organización de las Administraciones públicas. Un planteamiento que, acaso, pueda resultar un tanto ajeno para un jurista. No lo son, sin embargo, las consecuencias que de modo directo se derivan, en cuanto a la reducción del sistema de garantías que en el momento presente supone la creciente utilización por los Poderes públicos del ordenamiento jurídico-privado.

El planteamiento que señalo hay que advertir que aparece bastante generalizado en los distintos sistemas administrativos europeos (84). Es realidad que conviene tener muy en cuenta, de la que, sin embargo, no cabe deducir consecuencias apresuradas. En cierto modo, se alcanza una inequívoca convergencia de los llamados sistemas continentales hacia el sistema anglosajón; de modo principal, a la vista del desarrollo experimentado en este último (85). Sistema anglosajón con su jurisdicción única y con su cuasi jurisdicción administrativa, ahora inequívocamente sometida a aquélla (86). Entre los dos sistemas, el acuñado conforme al modelo francés y el anglosajón, se ha venido manteniendo hasta ahora un auténtico diálogo entre sordos. ¿Estando en el momento de un auténtico encuentro entre estos dos modelos a

estas páginas, resultan realmente notables las posibilidades de la Administración de *interponer* en el ejercicio de sus funciones entidades y empresas constituidas al efecto, con personificación diferenciada. Un supuesto al que, entiendo, son plenamente referibles las consideraciones recogidas en esta nota acerca de la operatividad del dato formal de la personalidad como fórmula de exoneración de responsabilidad.

(84) Este tema ocupó muy especialmente la atención del Seminario cuyas Actas se recogen en la obra colectiva que refiero *supra* en nota 15.

(85) Cfr. por todos, J. BELL, *Convergences and Divergences in European Administrative Law*; en op. cit. nota anterior.

(86) *Ibidem*; la evolución última del sistema anglosajón, realmente espectacular, siempre en la línea de robustecer las garantías ciudadanas, ha sido destacada entre nosotros por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, 27 y s., realzando precisamente cómo los pilares en los que aquél se apoyaba cayeron, en primer lugar —dice—, al admitirse un recurso judicial genérico contra los Tribunales administrativos si bien subsistía la posibilidad, no excepcional, de que las leyes eximieran cualquier decisión administrativa del conocimiento ulterior de los jueces, reducto éste que también ha sido últimamente cancelado.

la vista de la creciente y generalizada utilización del derecho privado en los sistemas administrativos continentales? (87). No lo sé. En cualquier caso, conviene destacar, y hacerlo con notorio énfasis, que por la propia mecánica a la que responde el sistema anglosajón, la habitual utilización en el mismo de los procedimientos jurídico-privados no conduce a los supuestos de indefensión a los que entre nosotros da lugar la utilización de tales procedimientos. Así como tampoco conduce a ella el mismo fenómeno en el sistema francés, no sólo por la creciente expansión que el Juez administrativo (88) ha dado al *objet de service*, hasta comprender, en ocasiones, lo que en expresión de J. LAMARQUE se conoce con el nombre de *décision administrative du droit privé* (89), sino, básicamente, por la fórmula que siempre ha estado abierta del recurso a los Tribunales de Justicia en los casos de incompetencia del Juez administrativo.

La problemática que refiero debe encontrar una adecuada respuesta en *nuestro* sistema de tutela jurisdiccional. Es obligado. Un sistema que, aun respondiendo a fórmulas de posibles modelos más o menos generalizados, presenta, tras su desarrollo, unas peculiaridades propias que actualmente impiden asumir las soluciones de esos modelos. Es lo que ocurre en relación con el derecho francés. Soluciones que hoy tienen cabida en este último, no las tienen ya en el sistema español. Y también a la inversa. Más todavía: cada uno de ellos ha evolucionado por cauces distintos y cada uno, también, conserva ya poco de los enunciados iniciales que pudieron servir para su adopción.

Las consideraciones expuestas son las que sirven de base a E. GARCÍA DE ENTERRÍA (90) para postular el necesario replanteamiento de nuestro sistema contencioso, en el que en los últimos

(87) Cfr. op. cit. *supra* nota 84, así como S. CASSESE en la Relación final del Seminario.

(88) En relación con ello, y entre una muy abundante literatura, puede considerarse clásico el trabajo de Ch. DEBBASCH, *Déclin du contentieux administratif?*, en «Recueil Dalloz Sirey», 1967, 95 y ss., al señalar cómo el empirismo del Juez administrativo ha conducido con frecuencia a supuestos de inequívoca inseguridad jurídica. Con carácter general, J. MOREAU, 448 y ss. También, y muy especialmente, los distintos trabajos que sobre la evolución reciente del tema en el derecho francés recoge E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia*, 71 y ss. y 157 y ss.

(89) Vid. J. LAMARQUE, «La *décision administrative de droit privé*», en *Mélanges Stasinopoulos*, París, 1974, 291 y ss.

(90) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia*, cit., 29 y ss.; también, del mismo autor, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Documentación Administrativa» (1989), 220, 11 y ss.

tiempos viene insistiendo con marcada lucidez y reiteración. Un replanteamiento que debe dar acogida expresa a las cuestiones que nos ocupan. Es la nueva justicia administrativa —dice— que debe llevarse a cabo, desaparecidos ya los modelos históricos en los que se justificaron, incluso, las insuficiencias de nuestro propio sistema contencioso-administrativo, mediante la simple recuperación de la *integridad jurisdiccional* en los Tribunales contencioso-administrativos. La inequívoca inclusión de estos últimos en los supuestos que contempla el artículo 117 CE avala la solución que se propone. Es así como abordar, en concreto, la problemática que plantea la organización y buena parte de la actividad de las empresas públicas. No es preciso añadir otras fórmulas, como sería la adopción de soluciones semejantes a las que actualmente ofrece el sistema anglosajón. No; la jurisdicción contencioso-administrativa es la meta lógica de la evolución de las soluciones que cabe derivar de la LJ. Y debe notarse la paradoja con la que en otro caso nos encontraríamos: la «vinculación más fuerte» de los preceptos constitucionales a la que se refiere E. GARCÍA DE ENTERRÍA (91), de no abordar estas cuestiones, correspondería a una situación prácticamente de indefensión —evidentemente no querida por la Constitución—, por el simple hecho concreto de que la Administración actuase in veste de empresas públicas conforme a procedimientos de derecho privado (92). Una Constitución cuyos artículos 1, 9, 24, 103 y 106 impiden dejar reductos exentos a la tutela y al control jurisdiccional. En nuestro caso, resultaría obligado matizar la procedencia subjetiva de las actuaciones que se comprenden en el enjuiciamiento a llevar a cabo por la jurisdicción contencioso-administrativa incluyendo también a las empresas públicas, especificando además, desde una perspectiva material, mediante la correspondiente cláusula general, las actuaciones de las mismas sometidas a tal enjuiciamiento. ¿Cómo? Obviamente, no puedo entrar ahora en detalle. Me basta simplemente señalar que tales reformas deben ser todas las precisas y necesarias para imponer y hacer efectivos los mandatos constitucionales (93).

(91) Vid. en *Hacia una nueva justicia*, 30 y ss.

(92) Situación paradójica que cabe deducir también de L. MARTÍN-RETORTILLO, en la Presentación del número de «Documentación Administrativa» cit. *supra* nota 90.

(93) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La jurisdicción*, 16.

El tema de las empresas públicas en el *momento presente*, como puede verse, plantea cuestiones de extraordinaria significación. Entre ellas está, en primer lugar, la relativa al sistema de protección jurisdiccional que acabamos de referir. También, la marginación a la que conduce a todo el ordenamiento administrativo que, no se olvide, es un ordenamiento básicamente garantizador de intereses públicos y privados. En el bien entendido que si señalo la necesidad de reaccionar frente a tales planteamientos, en modo alguno es, como ya he dicho, porque reduzca más o menos el ámbito de una disciplina. Simplemente, se trata de recordar que el Derecho administrativo, que para muchos de los que lo estudiamos hace años, era el enojoso derecho de los trámites, plazos, o de las infinitas órdenes ministeriales, es, por encima de todo, un sistema normativo que ha sido cauce fundamental, nada menos, que para racionalizar el Poder —racionalizarlo, en el término más weberiano del término—, y para garantizar a los ciudadanos la cobertura de sus derechos e intereses frente a ese mismo Poder. Un sistema que ha constituido una manifestación *cultural* de primer orden —aquí sí, cultural—, para el establecimiento y la resolución pacífica de los conflictos entre el Poder y los ciudadanos. Y ello, en un horizonte en el que la razón, la justicia y la libertad son determinantes. Un horizonte que, a la vista del camino que está siguiendo en los últimos tiempos nuestra Administración, precisamente a través de la fórmula de las empresas públicas, no parece se presente muy halagüeño. Más bien, todo lo contrario. De ahí, que sea necesario rectificarlo. Ayudar a adquirir conciencia de ello, ha sido la única intención que me ha guiado al exponer las anteriores reflexiones.