

REFLEXIONES SOBRE LAS PRIVATIZACIONES (*)

Por

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

1. Nadie pondrá en duda que, de unos años a esta parte, el tema de la privatización de la Administración pública viene estando de plena actualidad. Diríase, además, que, en las distintas versiones que presenta, acentúa en líneas generales su importancia de modo progresivo. En alguna de ellas tiene un contenido económico que es muy notable. La doctrina de muy distintos países, entre ellos el nuestro, le ha dedicado en los últimos años su atención con muy notoria amplitud. Ocurre, sin embargo, que bajo una misma referencia, privatización, se expresan con frecuencia realidades, del todo heterogéneas, que nada tienen que ver entre sí. Tampoco, lógicamente, la problemática jurídica que cada una de ellas encierra. De ahí que resulten notoriamente equívocas las referencias a la privatización que tratan de analizarla sin diferenciar debidamente los distintos supuestos que comprende que, aunque puedan responder a una motivación más o menos común, extremo sobre el que aludiré más adelante, jurídicamente es difícil reconducir a unidad y, en todo caso, es obligado diferenciar.

¿Qué cabe entender por privatización, qué fenómenos se refieren bajo este término? En alguna ocasión, si bien un tanto de pasada, he intentado ya responder al interrogante anterior. Hacerlo de forma sistemática y desde una perspectiva de conjunto es lo que, simplemente, pretendo ahora. Una tarea en la que, como en tantas otras, un buen punto de partida puede facilitar el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. ¿Qué dice es privatización? Privatización, señala, es acción o efecto de privatizar. Y privatizar, advierte, es «transferir una *empresa* o una *actividad* pública al sector privado». Transferencia, pues, al sector privado de una empresa o de una actividad —son dos conceptos a diferenciar— que son públicas. Son éstos los dos sentidos que el término ofrece. Habría otro que, un tanto con carácter previo, sería necesario unir también: privatización de la Admi-

(*) Este trabajo ha sido elaborado para su publicación en los estudios en honor del Profesor Justino DUQUE que próximamente llevará a cabo la Universidad de Valladolid.

nistración, en cuanto igualmente se entiende por tal la creciente utilización en su actuar de fórmulas organizativas y de procedimientos jurídico-privados, nótese bien, para el ejercicio de funciones y de cometidos de carácter público en su sentido más propio.

Son, pues, tres las acepciones que el término ofrece. Junto a la últimamente señalada, las dos a las que se refería el Diccionario: transferencias al sector privado del ejercicio de funciones que se han considerado o, incluso, se siguen considerando públicas; y, en el ámbito concreto de la que se ha calificado como actividad industrial de la Administración, transferencia al sector privado de las participaciones patrimoniales de la misma en empresas, tengan o no la consideración de empresas públicas. Tratemos de precisar estos tres conceptos por separado.

2. El primero de los fenómenos que acostumbra a encuadrarse dentro de lo que se viene entendiendo como privatización de la Administración pública —utilización por ésta de personificaciones y procedimientos de Derecho privado— está en la base, como es sabido, del tema de la llamada huida del Derecho administrativo. Tema de actualidad inequívoca, y que en el ordenamiento jurídico español presenta caracteres que son por demás preocupantes. He dedicado a esta cuestión en particular un reciente trabajo en el que, además de estudiarlo con una cierta amplitud, intenté arbitrar, en concreto, una serie de fórmulas con el fin de obviar las graves consecuencias a las que este fenómeno da lugar. De ahí que resulte ocioso detenerme en su exposición. No obstante, puede ser de interés recoger algunas precisiones, tanto de carácter complementario a lo que en su momento expuse como otras, obligadas, a la vista de lo establecido recientemente por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que de modo tan directo han venido a incidir en estas cuestiones.

La utilización de fórmulas organizativas y de procedimientos de actuación jurídico-privados por parte de la Administración pública, es cierto, no constituye novedad alguna. Así, y aparte de algunos supuestos particularizados, es realidad que casi desde sus orígenes aparece vinculada con la llamada gestión industrial de la Administración. Las peculiaridades y la denuncia del fenómeno que se señala están en la creciente aplicación de esas fórmulas para el ejercicio de *funciones públicas* en su sentido más propio. La concreción es importante. Actuación administrativa, ejercicio de auténticas funciones públicas bajo formas de Derecho privado. Realidad acentuada en los últimos tiempos en términos que cabe calificar de alarmantes y que, como hace años señalé, fue posible alcanzar conforme al proceso

que seguidamente quiero referir. Un proceso, adviértase, que es eminentemente dinámico, de transformación permanente de entidades y de sociedades en otras de distinta naturaleza, siempre con el fin de lograr del modo más amplio posible huir del Derecho administrativo. ¿Hasta qué punto cabe decir que la citada Ley 6/1997 ha venido a poner coto al mismo?

El punto de partida de la realidad que señalo cabe establecerlo en el fracaso de los esfuerzos del Ministro Larraz, nada más concluir la guerra civil, en su noble defensa del principio de unidad de caja. Una situación, es fácil constatar, que está en la base de la proliferación con que, desde aquel entonces, se acogen las fórmulas de la Administración institucional, llamémosle ya, de los organismos autónomos. A través de estos últimos será por los que precisamente tratará de discurrir la acción administrativa que, en términos más novedosos, se pretende llevar a cabo en aquel momento (Instituto Nacional de la Vivienda, Instituto Nacional de Colonización, Servicio Nacional del Trigo, Patrimonio Forestal del Estado, etc.). La situación alcanzará realmente grados que cabe calificar de caóticos. La LEEA tratará de embridarla. Una ley que —reproduciendo en cierto modo la imagen de Santurmo— diríase es una ley de defensa del Estado para no ser devorado por sus propios hijos, los organismos autónomos.

Fragmentación, pues, fragmentación creciente de la unidad organizativa del Estado; también, en buena medida, de su unidad patrimonial. Conversión de Centros directivos, de Direcciones Generales, en organismos autónomos. La fórmula se generaliza de modo creciente y, ya en un principio, y bajo apariencia, según se dice, de mayor flexibilidad, permitirá, al menos, la privatización de no pocos aspectos de su gestión interna. A su vez, la LGP, en su artículo 4, establecería la clasificación de los organismos autónomos en organismos autónomos de carácter administrativo y organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, con distinto régimen jurídico unos y otros. Y es de notar el siempre mantenido y creciente encuadramiento y, en su caso, conversión de los distintos organismos autónomos en los de esta última categoría. Es éste el primer hito del proceso que se señala. Conversión de los organismos autónomos en los de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, nótese, con total independencia de que sus funciones, incluso las más características, no fueran sino el ejercicio de potestades administrativas en su sentido más propio. El paso siguiente se ampararía en la sanción que el artículo 6.1.b) LGP hizo, dentro del impropio concepto de sociedades estatales, de las entidades de Derecho público que, por ley, *han de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado*. Un concepto que la LGP había previsto con un alcance en

extremo acotado, y que se generaliza al transformarse en tales sociedades estatales muy distintos organismos autónomos. Sociedades estatales que son entidades cuya organización y, también, su actividad se ajustan al Derecho privado. Un nuevo hito, más matizadamente si se quiere, será la transformación de las sociedades estatales del artículo 6.1.b) LGP, que acabo de referir, en sociedades estatales del apartado anterior; esto es, en sociedades mercantiles. Un proceso cuya última fase pretendió verse cumplida con la modificación del artículo 6 LGP por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, al introducir el concepto que establece su § 5, difícil categorizar en términos generales dado el sentido eminentemente particularizado con el que se enuncia: «el resto de los entes del sector público estatal [...] —se dice— se regirá por *su normativa específica*», y a los que las disposiciones de la LGP sólo se aplicarán cuando *expresamente* se refieran a ellos. Normativa específica en la que, generalmente, son fórmulas de actuación jurídico-privada las que acostumbra a recogerse. Generalización de este tipo de entidades; también, reconversión y transformación en ellas de otras ya existentes, entre las que, por su singularidad, se ha tratado de incluir las que han venido calificándose como Administraciones independientes.

La realidad organizativa expuesta, que la Ley 6/1997 ha modificado sustantivamente, fue resultado de un proceso dinámico por demás, mantenido de modo constante y sancionado por muy diferentes vías. La reconversión de unas entidades en otras de naturaleza distinta se ha formalizado tanto por leyes específicas como, ha sido práctica habitual, a través de las leyes de Presupuestos generales del Estado o de las sedicentes leyes de acompañamiento de los mismos. Vías distintas, digo, si bien todas ellas convergentes en privatizar al máximo la actividad y, en lo que fuere posible, la propia organización de esas entidades. En cualquier caso, ¿por qué privatización de ese actuar, y por qué huida del Derecho administrativo? Sencillamente, y es éste el dato a destacar, porque este ordenamiento impone unas mayores vinculaciones, mayores controles al actuar de los Poderes públicos, y lo que básicamente se busca es eludirlos.

Y quiero advertir que las graves, muy graves, consecuencias que incuestionablemente se alcanzan con el fenómeno que se denuncia de la utilización generalizada del Derecho privado en el ejercicio de funciones públicas por parte de la Administración, no cabe entender que, como se ha pretendido, queden paliadas por la circunstancia de que el Derecho privado esté también constitucionalizado y su aplicación penda asimismo de los principios que establece la Ley Fundamental. Esto es algo que no se discute, el sometimiento del Derecho privado a la Constitución, y que para nada afecta a la cuestión que se

considera. Más todavía: la argumentación a la que aludo conduce de modo directo, precisamente, a la posición que vengo defendiendo en cuanto esos principios que la Constitución expresamente establece para las Administraciones públicas sólo cabe hacerlos realidad, hoy por hoy y con el sistema jurisdiccional vigente, a través del ordenamiento jurídico-administrativo.

La Ley 6/1997, conforme se ha dicho, ha introducido cambios sustanciales en el complejo esquema organizativo sobre el que ha venido apoyándose el proceso expuesto de huida del Derecho administrativo. Básicamente, mediante su drástica simplificación. Hay una derogación expresa de la LEEA, de los artículos 4 —diferenciación de las distintas clases de organismos autónomos— y 6.1.b) y 6.5 de la LGP —sociedades estatales constituidas por entidades de Derecho público que han de ajustar sus actividades al Derecho privado y las llamadas Administraciones independientes, respectivamente—. La ordenación de la Administración descentralizada que ahora se establece con objeto de llevar a cabo los cometidos que se enuncian en el artículo 2.3 de la Ley pivota intencionadamente sobre un concepto jurídicamente tan impreciso como es el organismo público, que a su vez se clasifica (art. 43) en organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Rectificación de la situación existente que se deriva de la ley y que, naturalmente, vendrá dada por el alcance que se de al cumplimiento de las previsiones contenidas en su Disposición transitoria tercera sobre la adaptación a la misma de los organismos autónomos y de las demás entidades de Derecho público. Una adaptación en la que la ley, que básicamente señala los trazos generales de las figuras organizativas que recoge, deja con buen sentido un amplio margen a lo específico y singular de cada una de ellas.

Es prematuro, desde luego, pronosticar cuál será en la práctica el resultado de ese proceso de adaptación. No es difícil pronosticar, sin embargo, que, como en todos, absolutamente en todos los procesos de adaptación a una nueva normativa —¿cómo no recordar desde lo ocurrido con la LEEA y la LGP a, recientemente, con la LCAP?—, se acentuarán los intentos diferenciadores de cada entidad. Nada hay que objetar al reconocimiento singularizado de estas peculiaridades en los términos que se señalan; máxime cuando el propio sistema establecido en la ley parece responder a tal planteamiento. Un planteamiento que, sin embargo, en modo alguno permite conducir a acentuar, ni siquiera a mantener, la reiterada situación de abandono de las fórmulas jurídico-administrativas. Máxime cuando la ley parece expresar una clara tendencia en sentido contrario. Es algo que conviene destacar. Organismos autónomos y entidades públicas empresariales se regirán, si bien con intensidad distinta, conforme a los

criterios del título I de la Ley (art. 44). Se insiste también en que los organismos públicos, dentro de la esfera de sus competencias, son titulares de las potestades administrativas —salvo la expropiatoria— que requiera el cumplimiento de sus fines (art. 42.2). El régimen del personal de los organismos autónomos es, en principio, el que corresponde a la Administración General del Estado (art. 47.1); sus actos son susceptibles en todo caso de recursos administrativos (art. 52) y su régimen de contratación es el de las Administraciones públicas (art. 49). Las entidades públicas empresariales, por su parte, tienen también en muchos aspectos un régimen bastante semejante (arts. 53, 54, 57 y 60)

Queda, es cierto, el gran tema de las sociedades estatales con forma mercantil que, en su caso, venían ejerciendo funciones públicas. En relación con ellas, sin embargo, es importante, muy importante, la acotación que recoge la Disposición adicional duodécima en cuanto cabe entenderla como una rectificación del planteamiento que consideramos, en cuanto señala que si bien esas sociedades se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico-privado, se exceptúa de ello lo relacionado con la normativa contable, la presupuestaria, la de control financiero y la contratación, acotándose además el ámbito funcional de estas sociedades —y es éste el dato de mayor interés—, advirtiendo que «en ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública».

Es difícil conjeturar todavía cuál haya de ser el resultado efectivo del planteamiento que recoge la Ley 6/1997. En cualquier caso, resulta obligado reconocer que supone un paso corrector importante en relación con la situación que se estudia. Una situación que es necesario abordar con toda radicalidad y, vuelvo a repetirlo una vez más, debería ser considerada en la proyectada reforma de la LJ. La polémica que ésta ha suscitado sabido es que se ha centrado, de modo muy principal y casi exclusivo —recordemos, por ejemplo, el tema de los llamados actos políticos—, en aspectos que sin negar su muy notable importancia, es algo que debe quedar muy claro, sólo muy raramente y siempre con carácter excepcional, se plantean en el abundoso mundo temático de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Entiendo que es obligado abordar cuestiones como las que venimos considerando, que tan generalizadamente se presentan ante la jurisdicción y que de modo tan directo inciden en el sistema de garantías efectivas de los ciudadanos. Con ello, se zanjaría una buena parte de los graves inconvenientes que se deducen de la utilización del ordenamiento jurídico-privado por la Administración. Es el momento de hacerlo. Y ello, bien sobre la alternativa, reiteradamente postulada por la doctrina, de que sea la jurisdicción conten-

cioso-administrativa la que enjuicie todas las actuaciones de las Administraciones públicas —los recelos que históricamente pudo haber al encomendar su conocimiento a la jurisdicción ordinaria carecen de sentido, en cuanto aquélla se ejerce también por jueces y constituye uno de los órdenes jurisdiccionales—; bien, sin llegar a esta situación un tanto maximalista, mediante la modificación del artículo 1 LJ que permitiera residenciar ante esa jurisdicción toda su actividad relacionada con un concepto material «clave», como podía ser el que recoge la propia Ley de «obras y servicios públicos» (art. 3) u otro semejante, con independencia de que esas actuaciones se hubieran llevado a cabo a través de procedimientos jurídico-privados. Es, como digo, el momento de abordar el tema y de zanjar la cuestión.

3. La segunda acepción que ofrece la privatización, dicho sea en términos muy simples —la recoge también el Diccionario de la Real Academia—, es la de la transferencia al sector privado de una actividad, de una función que se considera pública. Es ésta, sin duda alguna, la más delicada de todas las versiones que la privatización presenta en cuanto a su alcance y a sus consecuencias. De ahí las cautelas obligadas que requiere. Se trata, en síntesis, que actividades que han venido considerándose públicas se remiten ahora al ámbito privado. Un planteamiento que, conforme a su propio enunciado, requiere fijar como punto de partida el concepto mismo de actividad administrativa, concepto, sabido es, que ha sido resultado de un proceso histórico zigzagueante y en extremo complejo —ámbitos que en el pasado se encuadraron en ella ya no lo están y, mayormente, tienen hoy esa condición actividades que no la tuvieron en el pasado.

En estas reflexiones, no obstante lo que acabo de advertir acerca de la necesidad de fijar como auténtico presupuesto el concepto de actividad administrativa, quiero dejar totalmente al margen los planteamientos conceptuales formulados desde muy distintas perspectivas para caracterizar tal concepto. Bastará asumir, simplemente, una mucho más modesta, eminentemente pragmática y fundamentalmente descriptiva. Se trata de ver qué actividades tienen esa consideración.

Dos observaciones, sin embargo, son obligadas ya desde el comienzo. En primer lugar, que para fijar ese concepto quedan naturalmente al margen aquellas funciones que han venido constituyendo, diríase, que la esencia misma del Estado, y que han girado y giran en torno a idea tan polémica —y revisada— como es la de soberanía: funciones tales como la Justicia, la Defensa, las Relaciones exteriores, la Moneda, el Orden público, etc., y que en cierto modo se reflejan en el artículo 149.1 CE, por el momento, al menos, están fuera

del tema de la privatización. Retengamos este punto en relación con la extensión que, como después se verá, da la doctrina francesa al concepto de servicios públicos constitucionales. La privatización, es el segundo extremo a notar, se refiere a toda una serie de cometidos que, junto a los anteriores, la propia Administración ha venido acumulando de modo progresivo como *proprios* y, a veces, como exclusivos, y cuya realización y puesta en práctica, al margen de valoraciones coyunturales, hace que constituyan auténticos cometidos públicos que, además, una conciencia social creciente demanda en toda su extensión. La actividad administrativa en materias tales como la Enseñanza, Sanidad, Transportes, Comunicaciones, Cultura, Seguridad y Asistencia social, y tantos y tantos otros sectores, resulta incuestionable y necesaria. Tan incuestionable y tan necesaria para esa conciencia social que la demanda con análogo vigor a como pueda requerir el orden público o la representación exterior.

Ahora bien, hablar de la privatización de estas últimas funciones, conviene advertir ya desde ahora, no quiere decir que la Administración no las siga desempeñando también —será lo habitual, y lógico— y que, en cualquier caso, deba llevarlas a cabo. Por su obviedad, no parece haya que insistir al respecto. Sencillamente, no resulta imaginable una comunidad política organizada en la que tales cometidos no existan con carácter público. Es fácil adivinar, sin embargo, que no es éste el núcleo de la cuestión que se plantea. Es, por el contrario, la de si la realización de esas actividades corresponde exclusivamente a los Poderes públicos o en su ejecución y puesta en práctica concurre, puede concurrir también —y, sobre todo, en qué medida—, el sector privado. Determinar en tal caso los límites de esta posible convergencia constituirá siempre el punto debatido a precisar.

Un muy elemental ejercicio de memoria —la historia es siempre buena maestra— permite recordar cómo la Administración ha ido ampliando de modo creciente los ámbitos de su actuación. Ámbitos muy distintos han devenido así actividad pública. Y ello conscientes de lo sutil que siempre resulta diferenciar lo público y lo privado. Y también que, con frecuencia, entre ambas valoraciones se ha introducido ya desde antiguo una categoría en cierto modo intermedia, la de lo social, referida a actuaciones de entidades muy distintas que, sin alcanzar el grado de lo público, rebasan con mucho el ámbito de lo individual y de lo privado.

El fenómeno expansivo que con carácter general señalo viene de lejos. En no pocos casos, es preciso advertir, eran actividades, en ocasiones, más o menos reguladas, que realizaba la propia sociedad. Razones distintas, incluso la posibilidad misma de llevarlas a cabo,

hizo que aquélla las abandonara. El Estado tuvo que asumirlas entonces como propias. Un planteamiento que resultaría notoriamente incrementado con carácter general desde los postulados del Estado social de Derecho que, básicamente, sancionará como públicos una amplia gama de muy distintos cometidos. Es realidad sobre la que no parece sea necesario insistir.

Entiendo que es obligado recordar, y tener muy en cuenta, las razones a las que esta última situación respondió. No cabe olvidarlas. Expresión directa en muchos casos de una mayor solidaridad social, la *publicatio* de esas actividades permitió y garantizó el acceso universal y generalizado a una amplia gama de prestaciones públicas. Y ello, es de notar, para todos los ciudadanos, en situaciones de igualdad y con una permanente demanda sobre su calidad. Son circunstancias que hay que tener presentes. También, el auténtico axioma al que se refiriera nuestro TC de que, en principio, en relación con las cotas alcanzadas en las demandas sociales, no cabe retroceso alguno.

Ejercitamos la memoria; retrocedamos, sin embargo, un poco más en la historia. La *publicatio* de muy distintos cometidos, reconducidos así al ámbito de los de titularidad pública, ya desde el XIX, está en el origen mismo de la Administración contemporánea. No obstante, ello no suponía que fueran directamente realizadas por la Administración. Aparecerá así, con todo su alcance, la figura de la concesión en la gestión de determinadas funciones que se consideran públicas. En el fondo, expresión de una inequívoca desconfianza respecto a la capacidad de su prestación directa por parte de la propia Administración. Una temática en relación con la cual hay que recordar, por la generalización que la fórmula alcanzó, cómo la doctrina francesa, sobre la base de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, elaboraría un concepto tan genial como impreciso, cual es el del servicio público, y al que todavía hoy, incluso en sus más clásicos enunciados, sigue en parte plenamente aferrada. Sobre este extremo, sin embargo, volveré más adelante.

El procedimiento concesional, conectado con la idea de servicio público, tendría un alcance notable; casi universal. En relación con algunos servicios públicos en particular, su desarrollo encontraría, además, su mejor caldo de cultivo en el contexto de un incipiente capitalismo que, también por esta vía, trataría de afianzarse. Su extensión responderá en cada momento a circunstancias coyunturales y concretas. No obstante, había siempre un núcleo esencial de actividades administrativas a desempeñar directamente por la Administración que, por ello mismo, no cabía encomendar a concesionario alguno. En todo caso, y aun con la figura del concesionario inter-

puesto, se trata de actividades *públicas* de las que la Administración es siempre su titular y en relación con las que conserva una serie de poderes y de facultades de carácter permanente: en definitiva, según la conocida expresión de M. HAURIOU, la Administración es siempre «el señor del servicio».

Además, y junto a la fórmula concesional en su sentido más propio, hay también todo un conjunto de técnicas, a veces de perfiles más o menos desdibujados, un tanto híbridas si se quiere, en todo caso, con un amplio impacto en los aspectos organizativos, que también concurren en esta puesta en práctica de actuaciones públicas por quien no era su titular. Son conocidas y no es preciso hacer mayor hincapié al respecto. Para aseverar lo que digo basta tener a la vista la amplia gama de los procedimientos habituales de la que ha sido llamada gestión indirecta de los servicios públicos. A este mismo planteamiento respondería igualmente la fórmula que en 1920 acuñó Guido ZANOBINI sobre el llamado ejercicio privado de funciones públicas, así como también todas aquellas otras de colaboración privada, tan acentuadas en nuestros días, principalmente en los ámbitos técnicos.

El cuadro que expongo, básicamente apoyado en la fórmula concesional, haría crisis ante su notoria insuficiencia; de modo principal, por lo que se refiere a mantener un estándar normal en la prestación de los servicios. La situación de su deterioro fue manifiesta. Realidad tanto más grave cuanto, en la práctica, gran parte de esas actividades se prestaban en régimen de monopolio. Una situación cuya razón de fondo —y es cuestión sobre la que, no obstante su importancia, no se ha insistido bastante—, en mi opinión, no es otra que la de las fundadas razones que hay para poner en duda la viabilidad operativa del propio régimen concesional desde un punto de vista financiero. Habría mucho que hablar sobre ello. Principios tales como el de equilibrio económico de las concesiones, por excesivamente esquemáticos, no dejaron de ser sino puras declaraciones formales. Situación de insuficiencia de las fórmulas concesionales. Una situación en la que incidirá, por una parte, el control administrativo, que, en buena medida, fue un control político, a través del control autorizador del régimen tarifario. Por otra, el hecho incuestionable de que los servicios no se prestaban en la forma debida: una situación a la que se llegó, simplemente, cuando tales actuaciones dejaron de ser rentables a los concesionarios. Constató tan sólo una realidad. No es cuestión de entablar, como viene siendo práctica habitual, una batalla interpretativa entre «buenos» y «malos», entre concesionarios y la Administración, culpando a unos u a otra del deficiente estado de las prestaciones públicas. No; enunció simplemente

te una realidad: la gestión directa de no pocos servicios por la propia Administración fue en su momento necesaria —y exigida— ante la insuficiencia de las fórmulas de gestión indirecta.

En toda Europa, después de la II Guerra Mundial, además de una decidida política de nacionalizaciones que daría lugar a la potenciación de la actividad industrial de la Administración, lo veremos más adelante, en cierto modo con carácter previo, se generalizaría también la asunción por la Administración de numerosos cometidos que pasaban así a ser directamente desempeñados por ella. Las razones que darían lugar a esta situación son, desde luego, muy diversas; a ellas aludiré más adelante. En todo caso, es de advertir que servicios que se llevaban a cabo a través de fórmulas concesionales fueron asumidos por la Administración, generalmente mediante su reversión anticipada. Pero es que, además, junto a ello, hay también una muy notable ampliación de la acción administrativa en distintos campos que hasta el momento le eran del todo ajenos.

Es, desde luego, difícil expresar en sus justos términos la amplitud, realmente notable, alcanzada por la actividad administrativa: una realidad a la que se llegó, ni más ni menos, que cuando se dieron las condiciones históricas para ello. Basta asomarse simplemente a cualquier estudio de Derecho administrativo desde finales de los años cincuenta para constatar lo que refiero. ¿Quién no ha comenzado por explicar los fines de la Administración pública evocando la vieja y divertida historieta del John Schmitt que refiriera Sidney WEBB, un ciudadano cualquiera de Birmingham, y que recordaba el Profesor JORDANA DE POZAS en las páginas del número 4 de esta REVISTA? Crecimiento de funciones que se consideran como públicas, en un proceso rigurosamente democrático de creciente socialización y que postulaba alcanzar una sociedad distinta, nueva en cierto modo, y que debería conducir a un tipo cultural, también nuevo, y a un nuevo tipo de ciudadano. Considerar hoy día los juicios y propuestas que en este sentido se formularon por aquel entonces, instando una realidad que, además, se vislumbraba en el horizonte como deseable, no puede sino evocar un cierto sentimiento de lejana ternura.

El planteamiento que refiero haría crisis como consecuencia directa de la crisis del Estado social de Derecho que se experimenta, principalmente, a raíz de la crisis económica de mitad de los años setenta. Hablar en estos momentos de la crisis del Estado social de Derecho es aludir a uno de los tópicos más generalizados de estos últimos tiempos. En cualquier caso, es obligado enjuiciar el tema con mesura y ponderación. Que, además, desde hace algún tiempo, parece fácil atisbar en el horizonte la que podemos calificar como crisis

de la crisis del Estado social de Derecho; al menos, en los términos en los que inicialmente se planteó, y sin que ello suponga retorno a estas últimas fórmulas.

El caso es que, diríase, estamos asistiendo en nuestros días al movimiento inverso, en sentido totalmente contrario del que antes se recorriera. Una primera rectificación se formaliza mediante un amplio retorno a fórmulas concesionales o a otras de alcance semejante: sin menoscabo de la titularidad pública de la actividad que así se mantiene, la solución supone un evidente alivio organizativo y financiero para el sector público. Viva todavía esa fase, en no pocos casos, se completa mediante la transferencia al sector privado de cometidos y funciones —no sólo del ejercicio de los mismos— que hasta ahora tenían la consideración de públicos. Que es esto, en definitiva, lo que constituye el fenómeno privatizador desde la perspectiva que ahora consideramos.

Reducción de la actividad prestacional de la Administración: cancelación como públicos de muchos de los cometidos que venían teniendo tal consideración, sin que ello quiera decir —insisto una vez más— que no sigan llevándose a cabo. Un planteamiento que, ante todo, hay que entenderlo como respuesta, en buena parte lógica, al volumen alcanzado por el aparato organizativo público, pesado en exceso para una gestión eficaz, no obstante las técnicas desconcentradoras y descentralizadoras que al respecto hayan podido arbitrarse y, también, como consecuencia de los límites financieros, que en modo alguno cabe olvidar.

Constato tan sólo un fenómeno: generalizada la privatización de cometidos que antes eran públicos, prácticamente todos los autores que se han ocupado de ello han tratado de exponer y de razonar acerca de sus causas. Hay, desde luego, razones para todos los gustos. No obstante, las dos más principales giran siempre en torno a las que acaban de referirse. Por una parte, insisto, el gasto público que suponía la actividad prestacional del sector público, desbocado, fiscalmente inaccesible por cauces que no supongan de hecho una auténtica confiscación. Es la vieja doctrina de que «el impuesto termina por comerse al impuesto». Y es así que, aparte la desactivación social que genera el que el Estado deba subvenir a todas las necesidades, el déficit público alcanza cotas insostenibles. Hasta tal punto que, en sí mismo, impide mantener el mismo nivel prestacional, obligando necesariamente a reducirlo. Junto a ello, y con todas las variables que se quiera, es fácil constatar también la rigidez y la ineficacia de la gestión pública en la realización de una serie de cometidos. Y no sólo ineficacia; que su falta de eficiencia —ponderación de resultados a la vista de los medios utilizados— es prácticamente tam-

bién habitual en la gestión de los recursos. Cometidos que, además, con frecuencia, el sector privado desempeña más operativamente y a menor costo. Junto a estas razones principales, es cierto que cabe señalar otras muchas. Entre ellas —y como consecuencia de lo ya expuesto—, cabe destacar también en el mismo sentido el impacto de lo que ha supuesto la Comunidad Económica Europea, hoy la Unión Europea, que al elevar la libre competencia como principio rector para la integración de los mercados ha conllevado, obviamente, una reducción de los cometidos administrativos no caracterizados habitualmente por el referido principio. En 1950, Valentín ANDRÉS ALVAREZ, en escrito de notable belleza, exponía desde un plano teórico las razones en que fundamentar económicamente la acción del sector público, considerando los límites necesarios a establecer entre lo público y lo privado, que en todo caso era obligado respetar. «Sobrepasarlos en uno u otro sentido —advertía—, 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, en definitiva, la actividad en manos del Estado no mejora su realización y, además, resulta más costosa, es por lo que la privatización de funciones y de actividades públicas está planteada con el alcance que realmente presenta.

Estamos ante una realidad incuestionable. Me limito a constatarla. Naturalmente, lo repito una vez más, cabe la lógica coexistencia de actuaciones públicas y privadas en un mismo ámbito; será además lo habitual, con lo que la competencia puede ser así también elemento fundamental que garantizará un mejor nivel de las prestaciones. En relación con ello, sin embargo, es importante observar que no se trata ya de una gestión privada de actividades que siguen siendo públicas, como es el esquema en el que se apoya la fórmula concesional. No; la doctrina ha hablado impropriamente de una *despublicatio* de la actividad. Y digo impropriamente porque el término no existe. Hay una privatización de la actividad en su sentido más propio. No hay *reserva* originaria de ningún tipo a favor del Estado. Se trata de cometidos que pasan así a ser privados. Conviene tenerlo muy claro. No obstante, es obligado notar, ya desde ahora, que lo dicho en modo alguno supone que el Estado no pueda ejercer también esos cometidos y estemos frente a actividades exentas de una posible ordenación pública. Es algo que conviene tener muy claro. Hasta dónde puede llegar tal ordenación, será en todo caso el punto a dilucidar.

El que se refiere es fenómeno generalizado en todos los países de nuestro entorno político y cultural. Su reconocimiento, incuestionable, es preciso, sin embargo, matizarlo. Principalmente, frente a los

que, asumiendo la privatización de modo indiscriminado, ven en ella la solución de todos los problemas de la comunidad política; lo mismo, exactamente lo mismo, que hace años se trataba de encontrar tal panacea en el sector público. Nada hay que oponer, en mi opinión, a la privatización de estas actuaciones administrativas, siempre y cuando su gestión resulte más eficaz, menos costosa y, en todo caso, se garanticen debidamente los principios de universalidad e igualdad a los que tradicionalmente ha venido respondiendo el sistema de prestaciones administrativas. Exigencias estas últimas que obligan a una serie de cautelas, cuyo cumplimiento se presenta incluso con carácter obstativo a cualquier privatización que pretenda llevarse a cabo.

Es este último el núcleo central del tema. Las privatizaciones, en determinados ámbitos, cualquiera que sea su alcance, encuentran una muy fuerte oposición; lo veremos más adelante. Tanta oposición como entusiasmo en quienes las postulan. Entiendo sin embargo que, garantizadas las circunstancias expuestas, no hay razones fundadas que oponer: además, la coexistencia de acciones públicas y privadas en un mismo ámbito parece tiene acreditada con carácter general muy notoria eficacia. Insisto: no es el sí o el no el tema a dilucidar. La cuestión es muy otra. No es sino la de que privatizada la actividad, o parte de ella, las prestaciones se realicen con carácter universal a todos los ciudadanos en condiciones de acceso también iguales para todos, y con el mantenimiento del correspondiente grado de calidad. Es aquí donde precisamente hay que hacer hincapié; y ello, con toda radicalidad: que estos últimos objetivos tengan el debido cumplimiento. Un cumplimiento que, aparte de que pueda ser llevado a cabo también por los Poderes públicos, éstos, tratándose de actividades privadas, pueden y deben ordenar y garantizar a través de un sinnúmero de procedimientos. Desde el establecimiento de normas imperativas en la ordenación de las relaciones jurídico-privadas, a la supervisión y control de esas actividades. En definitiva, y el ordenamiento jurídico-administrativo ofrece en este mismo sentido infinidad de supuestos, la Administración deja de realizar su actividad prestacional, que pasa a ser sustituida por una actividad de ordenación de una actividad que es privada; o, si se quiere conforme a la calificación clásica, por una actividad de policía. Es así, con la matización importante que supone lo dicho, que la privatización de determinadas funciones públicas permite mantener muchos de los logros inequívocos que ha permitido alcanzar el Estado social de Derecho.

Una última observación. Lo dicho supone, desde luego, una afirmación del principio de libertad en relación con todas estas funcio-

nes que pudieron entenderse como públicas y pasan ahora al sector privado. Principio de libertad que, en este ámbito, no cabe entender reconducible a los criterios del mercado. Es algo que en todo caso quiero precisar. Existen prestaciones necesarias que jamás podrían satisfacerse conforme a estos últimos criterios. La auténtica exigencia constitucional de su universalidad —término, el de servicios universales, acuñado básicamente en el Derecho europeo—, todos tienen derecho a tales prestaciones, obliga a su realización, bien por la propia Administración, bien imponiéndola como carga complementaria a los particulares que puedan intervenir en estos ámbitos. No se discute que el libre mercado sea el instrumento más válido para situar los recursos y satisfacer eficazmente las necesidades. Pero esto, tal y como Juan Pablo II señaló con razón, *sólo vale* para las necesidades que son «solventables» con poder adquisitivo y para aquellos recursos que son «vendibles». Que existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado, lo que exige que, en su caso, sea controlado por las fuerzas sociales y por el Estado con el fin de que se garantice a todos la satisfacción de las exigencias fundamentales.

Quiero concluir este apartado con una breve referencia al Derecho francés, que puede tener una cierta validez general. Cuando Chirac llevó a cabo en Francia las primeras privatizaciones por Ley de 2 de julio de 1986, durante el período de la llamada «cohabitación» con el Presidente Mitterrand, recurrida que aquélla fuera ante el Consejo Constitucional, éste la encontró conforme a la Ley Fundamental. No obstante, formuló explícitamente una reserva de carácter general a cualquier posible privatización, la de los llamados servicios públicos constitucionales. Este concepto entendió el Consejo no era aplicable a la referida Ley, pues ésta privatizaba actividades de carácter económico; no obstante, lo introdujo como auténtica cláusula obstativa para el futuro.

Concepto de servicios públicos constitucionales que aparece en la citada Resolución del Consejo de 25-26 de junio de ese año, reiterándose una media docena de veces hasta la última Resolución del Consejo de 1996 en materia de telecomunicaciones. La doctrina francesa lo debatirá ampliamente. *Catégorie introuvable* (M. DURUPTY) la de estos servicios que se entiende la Constitución exige sean públicos —de distinción insólita la califica R. CHAPUS—, verificación que debe realizar el propio Consejo Constitucional y cuya determinación, sin precisión por otra parte, parece derivar del Preámbulo de la Constitución de 1946.

La fórmula requiere, ciertamente, algunas matizaciones en relación con lo que viene diciéndose. Puede suponer un intento de afian-

zar la doctrina, siempre imprecisa, del servicio público. Entiendo, sin embargo, que con ella lo que viene a establecerse, a la postre, es básicamente un núcleo irreductible de actividades públicas a mantener, auténtico límite obstativo a cualquier privatización: ahora, sobre la base de la apoyatura del concepto del servicio público constitucional. Ocurre, sin embargo, que el Consejo Constitucional, que apenas se ha ocupado de precisar este concepto, en opinión de FAVOREU, sólo lo ha definido hasta ahora de forma negativa, señalando que ninguno de los temas enjuiciados tenía esa condición. Con este motivo se ha perfilado un nuevo concepto, el de servicio público nacional, y la circunstancia de que éstos no tengan carácter constitucional —y puedan por tanto privatizarse— no exime que su prestación deba estar sometida a inequívocas exigencias de carácter constitucional.

Es de advertir que, diríase, ha sido necesario llegar al momento actual, de crisis evidente y, en buena parte, de abandono del concepto mismo de servicio público, para ponderar lo que, en efecto, ha significado y se pretende siga significando en la concepción misma del Derecho y del Estado en Francia. Es algo que puede ser difícil de captar, pero que resulta incuestionable. Que al cuestionar la propia idea del servicio público parece que para un sector de la doctrina francesa quiebran los fundamentos mismos del Estado nacido de la Revolución. Buena parte de ella sigue aferrada al mismo; incluso, negándose a aceptar rectificación alguna, aunque resulten impuestas por la propia legislación francesa o por los reiterados varapalos del propio Tribunal de la Unión Europea, que ha venido relativizando la consideración de servicios públicos a actuaciones y cometidos —tales como los de correos o del suministro de energía— que venían teniendo tal consideración y que para la doctrina francesa es auténticamente inconcebible no se consideren como servicios públicos.

¿Hasta qué punto, y es la pregunta que hago, esta figura de los servicios públicos constitucionales, con el carácter que tiene este concepto, puede encontrar cabida en la Constitución española? La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa. Y ello aun reconociendo que aquélla prevé, establece e impone una amplia gama de prestaciones a llevar a cabo por la Administración. Es éste extremo que hay que reconocer en todo su alcance y sobre el que no parece sea necesario insistir. Un reconocimiento que, sin embargo, no quiere decir que tales prestaciones no puedan realizarse también por el sector privado. La función de los Poderes públicos, insisto, sin perjuicio de que pueda llevarla también a cabo directamente, desde una perspectiva constitucional, se concreta de forma principal en «garantizar», «inspeccionar y homologar», «promover», «tutelar», «asegurar», «fomentar». El alcance que puedan tener unos u otros términos depen-

derá, naturalmente, de situaciones políticas de cada momento. Lo que es obvio, y es en lo que me interesa insistir, es que entiendo que no hay obstáculo constitucional para que esos cometidos puedan desempeñarse también en buena parte por el sector privado. Es la interpretación que cabe dar, por ejemplo, al artículo 41 CE, el más expresivo en relación con el tema que nos ocupa, cuando señala de modo inequívoco que los Poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Precepto inequívoco, digo, y tajante, acerca de la necesidad, en todo caso, de un régimen público de la Seguridad Social que, sin embargo, constitucionalmente no significa que la cobertura de esas situaciones pueda satisfacerse en su caso por vías distintas.

4. La privatización, por último, es asimismo referible a un tercer ámbito: al del sector público entendido como actividad industrial y comercial de la Administración, que, generalmente, lleva a cabo a través de personificaciones de carácter societario, con independencia que su participación en las mismas tenga la condición de socio único, mayoritario o minoritario. Referencia a la llamada actividad industrial de la Administración. Excluimos ahora la privatización de empresas públicas gestoras de servicios públicos cuya actividad arranca de la *publicatio* de la actividad, y que ya hemos considerado en el apartado anterior. No obstante, habremos de ver las peculiaridades que ofrecen algunas transferencias patrimoniales de participaciones societarias de empresas que cubren actividades que, aunque de modo un tanto genérico, cabe considerar de interés público.

El Diccionario de la Real Academia, como se vio, refiere también esta acepción de privatizar: transferir una empresa al sector privado. Que es esto precisamente lo que constituye la privatización desde la perspectiva que ahora consideramos: transferencia al sector privado de las participaciones patrimoniales del sector público en distintas empresas, bien sea de la totalidad, bien tan sólo de una parte. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, al que después me referiré, en su punto quinto, más matizadamente si se quiere, entiende por privatización «la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate».

Las privatizaciones, en definitiva, suponen una auténtica desamortización industrial que introduce en el mercado una serie de bienes de los que se priva, mediante el correspondiente pago de su

precio, a distintas Administraciones públicas. Un fenómeno que ha estado, también está, de plena actualidad.

En este supuesto, la privatización, como es fácil advertir, se diferencia de los otros por su carácter consuntivo. Es hipótesis, diríase, que a medida que se realiza se agota en cierto modo. Su correcto entendimiento obliga a situarla en el contexto del volumen realmente notable alcanzado por el sector público. Volumen cuantitativamente muy importante, en mantenida progresión desde la mitad de los cuarenta y que, en países como Inglaterra, Italia y Francia, entre otros, alcanzó dimensiones económicas que cabe calificar de extraordinarias. Tendencia mantenida de marcado fortalecimiento del sector público, industrial y comercial en toda Europa, afianzada también con la consagración de los postulados del Estado social de Derecho. En un primer momento, desde los setenta, percibida ya la crisis del sector público, detendrá su crecimiento, si bien se mantendría en términos todavía muy notables. A finales ya de esa década comenzará a disminuir de modo paulatino. Más tarde será el fenómeno contrario, a través precisamente de la privatización, el que terminará por generalizarse.

Es obligado advertir, antes de seguir adelante, el volumen más bien escaso, sin que por ello resulte desdeñable, que aun en «sus mejores tiempos» ha tenido siempre en España el sector público industrial; al menos, comparativamente en relación con otros países de nuestro entorno. Es dato por todos reconocido y que, consecuentemente, sitúa entre nosotros el tema de la privatización en términos económicos de significado más reducido a como se presenta en otros países.

En el contexto de la notable expansión alcanzada por el sector público, el fenómeno de su privatización será, básicamente, la respuesta inmediata y directa, también la respuesta lógica, a la evidenciada crisis de las empresas públicas. Crisis que, desde luego, hay que relacionar con la ya referida del Estado social de Derecho, pero con la que sin embargo no coincide; es distinta. La crisis de las empresas públicas, diríase, es casi institucional; tiene una sustantividad y una autonomía propias. Era perceptible, y así fue denunciada, incluso en el período de mayor aceptación de los principios del Estado social de Derecho.

Crisis financiera —habitual situación de déficit del sector público— por todos reconocida; incluso, desde esquemas políticos que en su momento pudieron postular el desarrollo y crecimiento del sector público industrial. Reconocimiento además generalizado, con independencia de la pasión, casi siempre polémica, que de modo habitual ha venido acompañando el enjuiciamiento de su gestión. Con to-

das las excepciones que se quiera, no cabe sino constatar la carga deficitaria, generalmente agobiante, a que da lugar el sector público. Es juicio que se apoya en una realidad incuestionable. Y ello, a pesar de los habituales maquillajes contables a los que se le somete. Situación deficitaria a la que se une que, en la práctica, la gestión de esas empresas puede llevarse a cabo de modo más eficaz por el sector privado. Los costos sociales cuya cobertura, en principio, trató de llevar a cabo el sector público, en modo alguno justifican el resultado de su gestión. La privatización, pues, como respuesta a una situación generalizada de déficit, siempre creciente, en la que casi de modo permanente se ha encontrado el sector público.

Han sido muchas las opiniones que han tratado de explicar la situación que refiero. No volveré, pues, sobre ello. Señalaré tan sólo que, además de responder al ya antiguo principio de que, en general, el Estado acostumbra a ser mal empresario, aparece acentuada por las exigencias políticas, notablemente distorsionantes desde el punto de vista empresarial, a las que con harta frecuencia están sometidas las empresas públicas. Estas circunstancias, en ocasiones, aparecen agravadas por el reparto habitual y generalizado de los órganos de gestión de estas empresas entre la clase política en el Poder que, en algunos casos, ha dado lugar a supuestos de auténtica corrupción. Junto a ello, y en orden a enjuiciar la eficacia de su gestión, no hay que olvidar tampoco que las empresas públicas se encuentran sometidas igualmente a una serie de limitaciones *obligadas* que, en buena parte, les privan de la necesaria operatividad competencial.

Ha sido la carga financiera que supone el sector público, así como el criterio de la eficacia en su gestión, los fundamentos últimos en los que en estos casos se ha justificado el proceso privatizador. Junto a ello, es casi ocioso notar asimismo el impacto que también ha supuesto en los últimos años la legislación comunitaria por lo que se refiere al régimen del sector público, al prohibir, como cuestión de principio, cualquier trato de favor a las empresas del mismo, que sólo hoy excepcionalmente pueden recibirlo.

La privatización tiene, obviamente, una muy importante carga ideológica. Proceso de privatización generalizado, cuya puesta en práctica ha adoptado en los distintos países fórmulas muy distintas, todas ellas cargadas de cuestiones jurídicas del mayor interés, a alguna de las cuales me referiré seguidamente.

En Francia, Inglaterra y Alemania, la fundamentación ideológica de la privatización del sector público ha sido muy explícita desde su comienzo. Consecuencia directa y buscada de un intento de consagrar y desarrollar un sistema de mayor fortalecimiento de la economía de mercado, con mayor participación de los operadores econó-

micos privados y, consecuentemente, con un más amplio juego de la iniciativa privada. En Italia, por el contrario, el proceso privatizador se inició, básicamente, como resultado de un intento de reestructuración económico-financiera del propio sector público, en buena parte inspirado por sus propios gestores, ante la situación de su deterioro, con el fin de cubrir el déficit que generaba. Esta última explicación es la que cabe referir también a las amplias y un tanto desapercibidas privatizaciones llevadas a cabo en España por los Gobiernos anteriores, y que el actual ha planteado explícitamente desde la perspectiva del fortalecimiento de la economía de mercado, incrementando así el ámbito de los operadores económicos privados.

Es difícil categorizar las distintas fórmulas a través de las que se ha formalizado el fenómeno privatizador. A algunas de ellas me referiré a continuación. Señalaré que las empresas privatizadas, en ocasiones, han continuado disfrutando de una situación prevalente en el mercado, en cuanto suceden a una empresa pública que ya la ostentaba, y que por ello mismo, en tales casos, son objeto de un tratamiento fiscal específico, más oneroso, en virtud de los propios principios de la libre competencia. De todos modos, la cuestión fundamental es que la procedimentalización del fenómeno que estudiamos esté dotada siempre de las mayores cautelas. No se olvide que, en el fondo, de lo que se trata es de disponer de patrimonios públicos, circunstancia que en sí misma requiere establecer los condicionamientos necesarios.

Valorar la conveniencia o no de la privatización obliga a ponderar que con ella, o al menos con algunas de sus versiones, el Estado reduce en efecto su patrimonio; diríase que, en principio, es más pobre. Hay, sin embargo, una cuestión de fondo, muy otra, y que no es sino la del destino que pueda darse al producto de esas enajenaciones. Destinarlas a cubrir gastos corrientes de la gestión pública —supuesto que ha sido bastante habitual entre nosotros— no parece sea aconsejable. No hay aquí sustitución patrimonial alguna; en tal caso, hay un evidente empobrecimiento. Distinto es, sin embargo, cuando los ingresos que se alcanzan con las privatizaciones se adscriben a un fin concreto, vinculándose a inversiones que suponen la creación de mayor riqueza. O, mayormente, cuando, con toda razón, se dedican expresamente a cubrir los costos del déficit público, frecuentemente desbordado. El Estado, ciertamente, reduce también en estos casos su patrimonio; no cabe decir, sin embargo, que sea más pobre, pues también reduce su endeudamiento.

Es amplia la problemática que en términos jurídicos ha planteado el fenómeno privatizador. Básicamente, lo reitero una vez más, en cuanto se trata de disposición de patrimonios públicos. Dos

cuestiones distintas, aunque en cierto modo entrelazadas, destacan de modo principal. En primer lugar, la de la valoración de las empresas que se privatizan: 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 atractivo a los inversores privados. En segundo lugar, la de la distribución de los títulos de las empresas que se privatizan y el impacto que su puesta en circulación puede tener en el mercado.

En el Reino Unido estas cuestiones han sido abordadas muy pragmáticamente; en principio, caso por caso: el Parlamento ha ido aprobando una tras otra la privatización de muy distintas empresas públicas. Enajenaciones en general bastante condicionadas: de modo principal, en relación con el porcentaje del capital social de las empresas privatizadas que pasaba al sector privado; con el que podía adquirir un solo titular; con los posibles criterios para proceder a su distribución, así como con la prohibición de enajenar los títulos adquiridos durante un determinado período de tiempo, etc. Cautelas que, en definitiva, han buscado garantizar la transparencia y la eficacia de los resultados que trataban de alcanzarse, buscando también la consolidación de un cierto accionariado popular. En Francia, por el contrario, esas mismas finalidades se han abordado de forma distinta, al disponer de una normativa general que, precisamente, ha intentado dar respuesta, también con carácter general, a las cuestiones señaladas. En el contexto de las privatizaciones que en 1986 instara Chirac, además de llevar a cabo, como se ha dicho, la privatización de determinadas empresas, tras no pocas incidencias, se sancionaría la ley de privatizaciones de 2 de agosto de 1986, por la que se establecieron distintas reglas de carácter general. Se ordenan con este carácter los dos puntos señalados. Por una parte, estableciendo los criterios a seguir en las valoraciones de toda operación privatizadora, a cuyo fin se institucionaliza la correspondiente Comisión, integrada por siete miembros, elegidos en razón de su competencia y experiencia en materias económicas, financieras y jurídicas, y cuyas actuaciones son residenciables ante el Consejo de Estado. Se busca así una independencia en los criterios de valoración frente a los propios de los servicios de la Administración. Por lo que al segundo extremo se refiere, se establece el sistema para el reparto y atribución del capital de la sociedad que se privatiza, tratando de garantizar de modo muy principal una diversificación en su composición con objeto de impedir la constitución de situaciones de monopolio o de predominio, protegiendo también los intereses nacionales, e impulsando el accionariado de los empleados de la empresa y de los ciudada-

nos particulares en general, pudiendo establecerse también limitaciones y cautelas en la transmisibilidad posterior de los títulos.

Es notable la importancia política, social, económica y jurídica que ofrecen los temas planteados. Por ello mismo, las justificadas cautelas que al respecto se han establecido en todas partes. Un planteamiento que contrasta con el habido en el Derecho español, en el que sólo en los últimos años se han adoptado al respecto algunas medidas.

La trayectoria recorrida entre nosotros con carácter general ha sido, por el contrario, más bien en sentido muy diferente a la habida en el Derecho comparado. Lo que básicamente se ha pretendido ha sido aumentar, sin limitación alguna, las facultades decisorias del Gobierno. Deslegalización, en definitiva, de las facultades de disposición del patrimonio del Estado y que debe merecer, por ello mismo, un juicio crítico. Algunas reflexiones pueden ser oportunas al respecto.

Es de recordar el celo con el que en nuestro Derecho histórico se ha venido sancionando el principio de reserva de ley para la disposición de los bienes patrimoniales del Estado: a través del artículo 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que venía a reproducir el artículo 86 de la Constitución canovista, estaría vigente hasta 1964. El precepto, a la vista de la generalidad misma de su enunciado, no obstante su razonable fundamentación, no cabe duda constituía un obstáculo incuestionable para una razonable gestión económica de la Administración del Estado. La exigencia de ley para la transmisión patrimonial de *cualquier bien* del Patrimonio del Estado resultaba realmente excesiva. De ahí que, con buen sentido, los artículos 61 y 62 de la Ley del Patrimonio del Estado, que en su versión inicial es del año 1964, en relación con los bienes inmuebles otorgaron al Ministerio de Hacienda la facultad de enajenar bienes cuyo valor no excediese de 5 millones de pesetas y al Gobierno hasta un máximo de 20 millones. En cantidades superiores seguía manteniéndose la exigencia de ley. Las cifras señaladas serían sucesivamente actualizadas en términos que cabe calificar de razonablemente correctos. En diciembre de 1983, nótese que esas cifras se establecen en 25 millones y 200 millones de pesetas, respectivamente. A su vez, y en relación con la enajenación de títulos representativos de capital, el artículo 103 de la misma Ley facultaba al Gobierno para acordar su transmisión cuando el valor que se pretendía enajenar no excediera del 10 por 100 del importe de la participación del propio Estado, al mismo tiempo que se le prohibía acordar dentro de un mismo año la enajenación de acciones que rebasen el porcentaje indicado. La enajenación de acciones por un porcentaje su-

perior, o cuando supusiera la pérdida por aquél de la condición mayoritaria, debería ser autorizada por ley.

El proceso de deslegalización seguido desde entonces se expresa con una contundencia que no requiere comentario alguno. En su versión actual, dada por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, el artículo 62 de la Ley del Patrimonio del Estado otorga al Ministro de Hacienda la facultad de acordar la enajenación de hasta 3.000 millones de pesetas; al Gobierno en todos los casos restantes. En este mismo contexto, la Ley 5/1996, de 10 de enero, atribuyó en su artículo 12 determinadas facultades de disposición a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A., que conforme al Real Decreto-ley 16/1997, de 5 de septiembre, requieren previa autorización del Gobierno, entre otros supuestos, cuando la operación de adquisición o venta exceda de 1.000 millones de pesetas. En cualquier caso no hay, pues, *en supuesto alguno* intervención del Poder legislativo, que la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, había mantenido cuando se superaban los 4.000 millones de pesetas. A su vez, y por lo que se refiere a la transmisión de títulos representativos del capital, el citado artículo 103 de la Ley hay que entenderlo modificado por el artículo 6.3 LGP, en su versión actual conforme al RD-Legislativo 1091/1988, que aprobó el texto refundido de esta última Ley: todas las funciones antes previstas que debían ejercerse por ley han pasado ya a ser competencia del Gobierno.

La desamortización industrial que supone el fenómeno privatizador queda encuadrada, pues, en una línea de deslegalización, prácticamente total, en la disposición del patrimonio público. Contrasta, es de notar, con la rigidez con la que sigue manteniéndose la reserva de ley para cualquier exención o condonación de deudas tributarias, aun de mínima cuantía.

No parece que la solución adoptada sea ni medianamente defendible. Hay razones fundadas para entender que, en los términos en los que se plantea la deslegalización de todas estas actuaciones, puede resultar contraria con los principios del Estado de Derecho. Además, como la experiencia acredita, es el mejor caldo de cultivo para la arbitrariedad. En cualquier caso, hay que advertir que no se trata de enajenar participaciones patrimoniales del Estado que pudieran pertenecerle por muy distintos títulos, como pudieran ser una herencia o la ejecución de un crédito tributario, generalmente de cuantía más bien reducida. Se trata de disponer del patrimonio público, transfiriendo al sector privado actividades que, aun sin hacer entrar en juego el desdibujado concepto de servicio público, en muchas ocasiones tienen ciertamente una inequívoca relevancia pública.

La situación expuesta sería ampliamente denunciada. Como con-

secuencia de ello, se abordaría por vías distintas, estableciéndose así las bases de la ordenación vigente.

Está, en primer lugar, la Ley 5/1995, de 25 de marzo, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas. Su aplicación sólo muy tarde ha sido puesta en práctica. Se trata de una ley que acota el tema, diferenciando, por una parte, las enajenaciones de participaciones patrimoniales públicas en sociedades sin cualificación de ningún tipo que, en definitiva, son resultado de la habilitación constitucional del artículo 128 para el ejercicio de actividades económicas; por otra, «cuando se trate de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público». Y tratándose de facilitar en todo caso «la máxima extensión potencial [...] en favor del sector y la actividad privada», mientras que, en relación con las primeras, «una política de enajenaciones de participaciones estatales directas o indirectas [...], no presenta problemas jurídicos relevantes», por lo que a las segundas se refiere es necesario sustituir la garantía que para el interés público podía suponer la titularidad pública de esas participaciones por procedimientos distintos.

La fórmula, por lo que a su enunciado se refiere, es plenamente correcta. En definitiva, resultado de un postulado que, por otra parte, tanto ha contribuido lógicamente a la reducción del sector público. No es otro sino el de que la necesaria, o al menos conveniente, ordenación del Estado de muy distintos sectores económicos no requiere de la titularidad patrimonial de las empresas que operan en ellos. Creencia esta última que, a través de una política de nacionalizaciones, incrementó el sector público industrial de modo notable. Frente a ello no cabe olvidar que el Estado ostenta distintas potestades para llevar a cabo tal ordenación, sin necesidad de ser titular de participación patrimonial alguna.

En atención a lo expuesto, determinadas empresas públicas que cabe incluir en los supuestos que se enumeran en el artículo 1 de la Ley se excepcionan del *status* ordinario de las entidades mercantiles. Se establece así un especial régimen de validez de algunos actos y acuerdos de esas empresas en particular. Mediante Real Decreto, emanado previo dictamen del Consejo de Estado, se fijan en cada caso (art. 3) las operaciones sociales que se incluyen en el régimen autorizador, como la disolución voluntaria, escisión o fusión de la sociedad, enajenación o gravamen de sus activos; sustitución del objeto social; determinado tipo de enajenaciones o de adquisiciones de participaciones sociales, etc. El artículo 4 de la Ley fija el contenido de estos Reales Decretos, y el artículo siguiente, el 5, la procedimentalización de la mecánica autorizatoria prevista, que se establece

conforme a una fórmula del silencio positivo. Son del mayor interés las consecuencias jurídicas que conforme a la ley se producen por falta de autorización en los casos en los que fuere precisa: nulidad de pleno derecho de aquellos actos que no cuenten con ella, o de las actuaciones de los órganos sociales cuando para su constitución se hubieren computado participaciones cuya adquisición no hubiera sido autorizada. Tratándose de adquisición de participaciones patrimoniales que rebasen el límite fijado al efecto, los adquirentes no podrán ejercer en ningún caso los derechos políticos correspondientes al exceso (art. 6).

Es de advertir también que la Ley 5/1995 se dicta al amparo de las competencias exclusivas que al Estado le atribuye el artículo 149.1 CE, apartados 6 —en materias de legislación mercantil— y 13 —bases y coordinaciones de la planificación general de la actividad económica—, señalándose los artículos que son de aplicación directa y los que se declaran básicos (Disposición general primera de la Ley) a efectos de la posible legislación concurrente sobre la materia de las Comunidades Autónomas.

El sistema de la Ley 5/1995 incide, pues, en el fenómeno privatizador desde una perspectiva muy concreta. No se trata de condicionar ni de reducir su alcance; únicamente, sus posibles consecuencias, estableciendo un título de intervención de carácter autorizatorio con el fin de que, sin operar desde la base de participación patrimonial alguna, aun transmitidas éstas, permita al Estado ordenar aspectos muy significativos de la gestión de la empresa por razones de interés público. Se trata, como puede verse, de una incidencia directa de la ordenación administrativa del fenómeno privatizador en aspectos muy sustanciales del derecho de sociedades —validez de sus acuerdos, derecho de voto, reparto del accionariado, etc.— que alcanza intensidad muy notable. Hasta el extremo que, como se ha señalado (Sabino CASSESE), en el Reino Unido en algunos supuestos la fórmula ha otorgado a las Agencias del Gobierno mayor poder en la gestión de esas sociedades que el que tenían precedentemente antes de la enajenación de las participaciones patrimoniales públicas.

Junto a la de la Ley 5/1995, la otra vía a considerar en el proceso privatizador es la que arrancaba de la reordenación de una parte del sector público —quedan al margen las sociedades participadas por la Dirección General del Patrimonio del Estado—, que se trató de llevar a cabo por la Ley 5/1996, de 10 de enero, hoy modificada, como se dirá, de creación de la Agencia Industrial del Estado y de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Esta Ley tendrá un alcance importante por lo que se refiere a la concepción misma de la empre-

sa pública en nuestro ordenamiento jurídico. Cancela las fórmulas anteriores de agrupación de las empresas —INI, INH y Teneo—, que ahora establece, un tanto convencionalmente, en torno a las dos figuras señaladas. La Agencia Industrial del Estado se configura como una entidad del artículo 6.5 LGP y agrupa las participaciones públicas de las sociedades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o de reconversión o a regímenes especiales. La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A., entidad de Derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) LGP, agrupa, por el contrario, a aquellas empresas públicas susceptibles de ser gestionadas con criterios empresariales al ser económicamente rentables. En ambos supuestos, por lo que se refiere a la consideración de ambas organizaciones, habrá que estar ahora a lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 6/1997.

La filosofía que inspiró la creación de las dos entidades, como se dice en la Exposición de Motivos, es la de permitir que las empresas adscritas a la Agencia Industrial del Estado, una vez que se garantice su viabilidad, puedan ser transferidas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Carácter inequívoco de transitoriedad que ha desembocado en el Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/1996 y que suprime la Agencia Industrial del Estado, transfiriendo a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A., todas las participaciones accionariales, bienes, derechos y obligaciones de los que aquélla era titular. El texto modifica también los fines que corresponden al nuevo ente de gestión, estableciendo igualmente distintas disposiciones sobre su régimen societario y fiscal.

La razón última de este Decreto-ley, en el que han pesado de modo muy principal exigencias de Derecho comunitario, es muy simple: responde a la idea, lógica por otra parte, de reestructurar el sector público industrial «desde la perspectiva de un accionista único, que no cuenta con apoyo presupuestario, entre otras consideraciones, porque entiende que los ingresos de los Presupuestos no pueden dedicarse sistemáticamente a la cobertura de las pérdidas de ciertas empresas que encarnan un mal concepto de rentabilidad social». Y desde este punto de partida, solventadas las exigencias presupuestarias derivadas de la Unión Económica y Monetaria, se sanciona ahora un grupo empresarial único en el que hay participaciones que son rentables, en tanto que otras no lo son. En cualquier caso, al menos inicialmente, se establece un fondo patrimonial de conservación, fondo que tiene un inequívoco carácter transitorio. El texto del Real Decreto-ley, por otra parte, es muy explícito en señalar que el objetivo último a alcanzar no es otro que el proyecto de go-

bierno de desvinculación del Estado de la actividad económica directa; prácticamente, la cancelación del sector público estatal.

Y es éste el momento de recordar que, además de las empresas públicas agrupadas en su momento en los correspondientes entes de gestión —INI, INH—, hoy todas ellas en SEPI, estaban también las participadas por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Con el fin de obviar las dificultades, que ya habían sido advertidas por la doctrina, derivadas de la vinculación de estas empresas a un Centro Directivo ministerial, las mismas se agruparon en la Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A., y en la Sociedad Estatal de Patrimonio II, S.A., creadas por distintos Acuerdos del Consejo de Ministros. Estas sociedades, que habían iniciado su funcionamiento a comienzos de 1993, tenían como objeto social la tenencia, adquisición y enajenación total o parcial de acciones o participaciones de las sociedades que, previo acuerdo del Gobierno o de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, reciban del Estado español. Se trata, como puede verse, de entes de gestión característicos —hoy reagrupados en la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A.—, si bien con forma de sociedad mercantil, que quedaron totalmente al margen de la reestructuración del sector público llevada a cabo en su momento por la Ley 5/1996, modificada posteriormente, como se ha dicho, por el citado Real Decreto-ley 15/1997, que fue, pues, parcial al comprender tan sólo las empresas encuadradas en los grupos INI-Teneo e INH.

Es de notar, en cualquier caso, que en el momento actual los dos entes de gestión que agrupan al sector público estatal, conforme a soluciones ya existentes en el Derecho comparado, son dos sociedades mercantiles, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A. (SEPI), y la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A.

Es sobre el marco legal expuesto, que el hito más significativo de todo el proceso privatizador, el único que por otra parte tiene una sustantividad propia, es el constituido por el ya citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996. Lleva a cabo, en primer lugar, una reordenación del sector público en su integridad, fijando al respecto los que considera Agentes Gestores del proceso de privatización, que fueron las tres entidades en las que en ese momento se agrupan todas las empresas del sector público empresarial del Estado: la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales y la Agencia Industrial del Estado, permaneciendo actualmente tan sólo las dos primeras. Establece asimismo las bases del Programa de su Modernización, asumiendo explícitamente, como idea motriz de todo el proceso, la del

fortalecimiento de la economía de mercado. Un proceso, dice, que en todo caso debe realizarse de «tal manera que garantice los intereses económicos generales, así como los [...] de los accionistas y terceros». El Acuerdo establece también los principios a los que necesariamente han de someterse las privatizaciones que se lleven a cabo: entre otros, los de publicidad, transparencia y concurrencia; eficacia y economía; continuidad del proyecto empresarial de las empresas privatizadas; sometimiento a control de todas las privatizaciones que se realicen, etc. Las privatizaciones las realizan los Agentes Gestores del proceso señalados, bajo el impulso, dirección y control del Gobierno. El proceso, a su vez, se procedimentaliza con la intervención preceptiva del Consejo Consultivo de Privatizaciones que al efecto se establece, integrado por expertos independientes y que debe informar preceptivamente en todas las operaciones concretas de privatización acerca de si las propuestas de venta que se hacen son conformes con los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia. El procedimiento se cierra con la sanción de un control específico sobre el desarrollo de cada proceso por parte de la Intervención General del Estado, además de el del Tribunal de Cuentas, debiendo el Gobierno informar también al Parlamento de las operaciones realizadas, así como del contenido de las distintas Auditorías.

El paso que supone el Acuerdo que se comenta es, desde luego, importante. En el marco de las posibilidades que al efecto ofrece el ordenamiento legal viene a procedimentalizar su puesta en práctica conforme a los principios lógicos y generalizados que hasta el momento eran inéditos entre nosotros.

5. El fenómeno de la privatización, como se ha visto, ofrece versiones muy distintas. En principio, nada tienen que ver entre sí. Y del mismo modo que cuestiono, incluso desde una perspectiva constitucional, la primera de las que se han expuesto, no parece haya inconveniente en asumir las otras dos. Eso sí, siempre que se ofrezcan con las cautelas, importantes, que han quedado referidas.

Se consideró al comienzo de estas páginas, al referir la heterogeneidad de manifestaciones que ofrecía el tema de la privatización, la hipótesis de que, acaso, pudieran responder a una motivación más o menos común. No parece fácil. De todos modos, es evidente que algunas de ellas presentan un nexo común; así, las últimamente consideradas. Concurren en estos supuestos circunstancias sobre las que puede ser de interés reflexionar, aunque sea brevemente.

En primer lugar, y ante todo, la privatización puede ser un buen camino para la obligada cura de adelgazamiento a la que resulta necesario someter al aparato del Estado. Es fácil convenir que la am-

plitud cuantitativa y la penetración cualitativa alcanzada por la actividad administrativa en los últimos años puede calificarse de insostenible. Que, en definitiva, se ha dicho ya, todo radica en determinar el alcance y extensión que debe tener la acción pública. Es ésta, realmente, la cuestión de fondo a debatir. Mucho se ha polemizado al respecto. ¿Más Estado, menos Administración? ¿Más Administración, menos Estado? Son interrogantes que en los últimos tiempos han suscitado una auténtica cascada de reflexiones, dispares por demás.

Reducción, y reducción radical, del aparato administrativo y del sector público. Un planteamiento que no cabe condicionar, y no tiene por qué conducir a debilitar al Estado. Que no por ser más amplia y extensa su actividad, aquél es necesariamente más fuerte. Es lo que vengo llamando cura dietética del Estado. Todos sabemos que no por más grandes, por tener más kilos, somos más fuertes. Todo lo contrario. Un planteamiento que sitúa el horizonte de nuestras reflexiones no en más o menos Estado, sino en el Estado necesario. Ciertamente, un Estado más reducido, mucho más reducido, pero al mismo tiempo un Estado eficaz y fuerte. Es desde esta perspectiva que cabe postular la necesidad de asumir el fenómeno privatizador en los términos y con las cautelas que han quedado recogidos. Un fenómeno, hay que ser muy conscientes de ello, que puede resultar en extremo dificultoso. En la práctica, habrá de encontrar más resistencia de la que fuera pensable. Son muchos los intereses en contra. Están, claro es, los de carácter ideológico; también hay que recordar el inmovilismo que siempre se opone a cualquier reforma de las estructuras administrativas o, ya en particular, la resistencia que suscita el establecimiento de criterios de competencia en quienes ejercen posiciones de monopolio público, tanto funcional como económico. Unase a ello también la oposición sindical a cualquier proceso privatizador, cualquiera que sea su versión, tanto por la seguridad y permanencia que, en principio, ofrece siempre el sector público como, todo hay que decirlo, por la mayor laxitud del mismo en el ámbito laboral en relación con el sector privado. No es, pues, fácil la tarea.

En todo caso, lo que conviene tener muy presente son las consecuencias y el alcance mismo del tema que estudiamos. Es cierto que al aludir a él consideramos siempre una realidad integrada por un conjunto de operaciones más o menos relacionadas entre sí, tendentes todas ellas a reducir el aparato y la acción del Estado. Situaciones concretas que, sin embargo, es obligado categorizar. Esta es la cuestión. Que su trascendencia —y aquí está quizá el único hilo conductor de todo el fenómeno— es mucho mayor, en cuanto a la postre de lo que se trata es de expresar y perfilar, en el siempre permanente

proceso de su evolución, un nuevo modelo de Estado. Hay que ser conscientes de ello, ahondando en las circunstancias últimas a las que responde el fenómeno privatizador, que, como ha escrito Sabino CASSESE, representa tan sólo uno de los aspectos de una compleja mutación en los Poderes públicos.

Es un planteamiento que asumo y que no cuestiono. En cualquier caso, por obligada, quiero introducir una cierta dosis de relativismo frente a la orquestación, un tanto simplista, que con frecuencia se hace de la privatización. Que la historia es siempre en extremo matizada; la misma realidad es resultado de un desarrollo que, también siempre, es consecuencia de un proceso de integración de ideologías y de planteamientos de signo muy distinto. No cabe duda: a causa del excesivo volumen alcanzado por la acción del Estado, es fácil detectar, y resulta lógico, se ha alcanzado una cierta hartura de lo público. Un ámbito en el que —según se dice— todo lo que hay son defectos, limitaciones e irregularidades, mientras sólo excelencias se encuentran en el privado. Constatación que, aparte de ser notoriamente inexacta, entiendo que en modo alguno debe alumbrar líneas de acción de ningún tipo. La mitificación *indiscriminada* —insisto en el término— de lo privado frente a lo público, también de lo individual frente a lo colectivo y solidario, no es buena. Puede conducir a situaciones no deseables. De ahí que con la misma urgencia que cabía postular la puesta en práctica del fenómeno privatizador deba reclamarse también, en los ámbitos en los que quede delimitado, una renovación profunda, auténtica rehabilitación del valor de lo público, precisamente en estos momentos que tan grave deterioro sufre. Un postulado, auténtico principio, que evidentemente ahora sólo puedo enunciar.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Una primera aproximación a los distintos supuestos a los que habitualmente se refiere el fenómeno de la privatización la expuse ya en S. MARTÍN-RETORTILLO, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel F. CLAVERO ARÉVALO*, Madrid, 1994, 1015 ss., y que posteriormente recogí en mi libro *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2.^a ed., Madrid, 1996, 119 ss. Refería ya en ese trabajo las fases que, en particular, se han seguido en el proceso de transformación de las diferentes entidades con el fin de alcanzar una exoneración, lo más amplia posible, del ordenamiento jurídico-administrativo, proceso que trato de sintetizar en el

presente trabajo y al que posteriormente se ha referido también G. ARIÑO, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Cuadernos de la Fundación BBV, Madrid, 1964. Recogí igualmente alguna bibliografía de carácter general sobre el tema de la privatización, a la que ahora me remito. La producción doctrinal sobre el mismo ha seguido siendo numerosísima en los últimos años; vid. por todos, acerca de algunos aspectos concretos, F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993; con carácter más general, M.^a N. DE LA SERNA, *La privatización en España*, Pamplona, 1995. En la doctrina italiana, las referencias que cito de S. CASSESE, en *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, en «Riv. it. dir. pub. comunitario» (1996), 3-4, 579 ss.

2. En relación con las cuestiones que analizo en este epígrafe me remito en su totalidad a mi trabajo «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo», recogido también en *El derecho civil*, 199 ss.; publicado igualmente *Überlegungen zur «Flucht» aus Verwaltungsrecht en Verfassungsstaatlichkeit*, Fest. Klaus Stern, München, 1997, 659 ss.; las consideraciones que recojo en el presente trabajo deben entenderse como complemento de lo que allí escribí. Como digo en el texto, es todavía pronto para deducir conclusión alguna acerca de la incidencia que en relación con el tema que consideramos puede tener la Ley 6/1997. En cualquier caso, y por lo que se refiere a los que califica como organismos públicos, con las derogaciones legales que lleva a cabo, abandonando la perspectiva financiera que muy directamente pesaba en esas normas, la Ley se reduce a establecer las líneas principales de su ordenación, que posteriormente han de ser integradas por la regulación específica de cada uno de ellos. Se ha visto que pretender una regulación particularizada y detallista de carácter general de esas entidades es el mejor estímulo para tratar de escapar de esa regulación general, aparte que siempre será difícil comprender qué pueden tener en común, dada su extraordinaria heterogeneidad, la ordenación jurídica, la Orquesta y Coro Nacionales de España y el Servicio de Remonta Caballar.

3. La determinación, en concreto, de la actividad que puede considerarse ejercicio de una función administrativa es tema que, obviamente, sólo cabe plantear convencionalmente asumiendo además, dada su versatilidad, una perspectiva eminentemente histórica. La ejecución de esa actividad directamente por la Administración, o su alternativa a través de fórmulas concesionales o de otras de naturaleza semejante, presenta, como es lógico, un tratamiento y ofrece

unas consecuencias jurídicas distintas, no intercambiables. En todo caso, y en relación con el posible alcance de esa alternativa, ha habido siempre un, llamémosle, «núcleo duro» de servicios y de cometidos a desempeñar directamente por la Administración, precisados de modo principal en la legislación local, en los términos que hoy recoge el artículo 156.1 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: aquellos que «impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos», una excepción que hoy día habría que matizar muy mucho.

La crisis de la fórmula concesional es históricamente incuestionable. Como señalo en el texto, no creo se haya insistido bastante en que una de sus causas más directas fue la de que el planteamiento financiero establecido al respecto, por excesivamente simplista, resultaba irreal. La interpretación de la realidad que refiero, de modo principal en sus aspectos históricos, ha estado muy condicionada ideológicamente por la perspectiva personal de quien la llevaba a cabo: no es cuestión, naturalmente, de «buenos» y «malos», sino de constatar una situación en la que cabe advertir tanto el rechazo de los Poderes públicos a cualquier aumento de tarifas por motivaciones políticas como el práctico abandono de los concesionarios a mantener un debido estándar en la prestación del servicio o a realizar cualquier tipo de inversión, por necesario que fuera, en años próximos a la reversión de la concesión.

Sobre la ampliación de la actividad administrativa, que, en general y casi sin excepciones, tan gozosamente recibiera la doctrina jurídico-administrativa, basta constatar simplemente la evolución de los Presupuestos Generales del Estado, como es lógico, con las correcciones monetarias correspondientes. El supuesto que cito de L. JORDANA DE POZAS, en *El problema de los fines de la actividad administrativa*, núm. 4 de esta REVISTA (1951), 1 ss. Las causas inmediatas y reales que en su momento motivaron la asunción directa de muchos servicios por parte de la Administración fueron muy distintas, pues mientras en algunos casos fueron de carácter económico, no cabe excluir que en otros, piénsese por ejemplo en materia de enseñanza, tenían una inequívoca fundamentación ideológica. La admonición acerca de la imposibilidad de aplicar los criterios del mercado para la satisfacción de las exigencias fundamentales de los ciudadanos y de la propia sociedad, en JUAN PABLO II, *Centesimus Annus. La problemática social hoy*, Madrid, 1991, 34 ss.

Con un entusiasmo digno de mejor suerte, los defensores a ultranza, y prácticamente sin condicionamiento alguno, de la privatización hablan, contraponiendo el fenómeno de la *publicatio*, de la *despublicatio* que aquélla representa. Califico en el texto la utilización de este

último como improcedente, sencillamente porque no existe. Debo al profesor Antonio FONTÁN algunas consideraciones al respecto, que agradezco, y que concluyen en que, es fácil explicar, no hay término latino al respecto, que, en todo caso, sería el de *venditio*, pero que sería referible al presupuesto de privatización que se considera en el apartado siguiente: *venditiones in privatum*, es expresión que aparece en Tito Livio y Cicerón, referida a la transmisión de bienes públicos siempre con pago de precio. Si no hay pago de precio —pensemos en las transmisiones de tierras a soldados veteranos— se tratará de *assignationes*. *Despublicatio* es, pues, término desconocido.

No cabe sino considerar como auténticamente genial la construcción francesa del servicio público. Personalmente, sin embargo, he tenido siempre mis reparos frente a ella. Nunca la he utilizado. Simplemente, porque se trataba de una construcción excesivamente formal, un tanto cartesianamente preestablecida, a la que era obligado recurrir y remitir, incluso forzosamente, la realidad heterogénea por demás de la actuación administrativa. Cuando ésta no se ajustaba a ese concepto, había que hablar entonces de servicios públicos impropios, o de servicios públicos virtuales. Recuérdense también los planteamientos que al respecto se hicieron ante la necesidad de «catalogar» la actividad industrial de la Administración, tema en relación con lo que es obligada la remisión a J. L. VILLAR, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA (1950), 70 ss. Una valoración entre nosotros en extremo ponderada del concepto mismo de servicio público en general, en L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), III, 2471 ss. La temática que considero ha sido abordada entre nosotros en fecha reciente, en términos un tanto apasionados, por G. ARIÑO *et al.*, en *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997. La crisis del servicio público, tan de actualidad en nuestros días, y en la que particularmente insiste la doctrina española, es de advertir que hace años fue ya señalada en obras realmente clásicas que, es curioso, casi parecen olvidadas por esa doctrina: vid. R. DRAGO, *Les crise de la notion d'établissement public*, París, 1950, y J. L. CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954. Sobre los llamados servicios públicos constitucionales, que tanta polémica han suscitado en la doctrina francesa, vid., por todos, M. DURUPTY, *Les privatisations en France*, París, 1988; V. P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, París, 1994, así como R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, París, 1996, 331 ss. y 572 y *passim*, que ofrece al respecto una excelente síntesis sobre el estado de la cuestión. «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», ha dedicado re-

cientemente (junio 1997) un número especial del mayor interés, *Le service public. Unité et diversité*, en el que autores franceses y extranjeros analizan la temática que refiero desde muy distintos puntos de vista. El trabajo de L. FAVOREU, *Service public et Constitution*, 16 ss., es una excelente síntesis de la media docena de Resoluciones del Consejo Constitucional, que se ha ocupado del tema desde las primeras de 1986-88 a la de 1996 en relación con las telecomunicaciones. Señala L. FAVOREU la amplitud con que se plantea el punto de confrontación al que se remiten los servicios públicos que se califican de constitucionales: servicios públicos cuya necesidad aparece derivada de la Constitución; de principios o reglas de valor constitucional; cuya exigencia y funcionamiento es exigido por aquéllos, etc. Un concepto que, en cualquier caso, constituiría un auténtico límite obstaculizador a su posible privatización y que, sin embargo, hasta ahora sólo ha sido enunciado negativamente por el Consejo en cuanto ha entendido que no tenían ese carácter constitucional los servicios públicos privatizados que en concreto enjuiciaba. Resultado de esta tarca, y en cierto modo para salvar al carácter no constitucional de los mismos, ha sido la aparición de un nuevo tipo de servicio público, el de servicio público nacional, que, sin embargo, no tiene carácter constitucional: éste se reduce estrictamente, para FAVOREU, a la Defensa, Justicia, Policía y Relaciones Exteriores, teniendo un régimen especial la Enseñanza y la Sanidad y la Asistencia Social. La circunstancia de que determinados servicios no tengan carácter constitucional no es óbice, sin embargo, en los términos que recojo en el texto, para señalar las prescripciones de valor constitucional a las que la prestación de los mismos están sometidos: igualdad en el tratamiento de los usuarios; necesidad y confidencialidad; continuidad.

4. En relación con el concepto de sector público industrial, sobre el que opera el fenómeno de las privatizaciones en el sentido que se analiza en este epígrafe, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico I*, Madrid, ed. 1991, 216 ss. Planteé aquí también, con un cierto detalle, una cuestión que creo fundamental como es la de la alternativa que a la participación patrimonial del sector público para llevar a cabo la ordenación de los distintos sectores económicos podía suponer el ejercicio de algunas de las potestades de las que la Administración es titular. Aparece aquí en todo su alcance el tema de las directrices, como cauce para el ejercicio de esas potestades, cuestión básica sobre la que resulta obligado remitirse a P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Madrid, 1993, 97 ss. principalmente.

En mi obra antes citada recojo también diferentes consideracio-

nes sobre tema tan tópicos como es el de la crisis de las empresas públicas, insistiendo de modo muy especial en los condicionamientos políticos a los que habitualmente se les somete, que, con frecuencia, distorsionan los intereses estrictamente empresariales de aquéllas: cuestiones tales como la localización y, en su caso, cierre de las instalaciones, congelación de precios o tarifas, reestructuración de plantillas y otros de análogo significado tienen en las empresas públicas connotaciones muy particulares. Aparte, y éste es todavía problema de mayor calado, que ha sido práctica habitual acudir a la fórmula de las empresas públicas para abordar situaciones ciertas y realmente graves, como son el paro, la depresión económica de algunas zonas o la necesidad que por distintas razones pueda haber para mantener una empresa en crisis. Todas estas cuestiones encierran, sin duda alguna, una problemática cierta, pero su solución no cabe plantearla por el cauce del sector público. El tema de su politización se agrava, además, por el reparto habitual y generalizado de sus órganos gestores entre la clase política en el Poder, marginando en ocasiones los criterios de su necesaria profesionalidad. Es planteamiento habitual, diríamos que imposible de rectificar y que en algunos supuestos, piénsese cuando se trata de Gobiernos de coalición, adquiere caracteres que cabe calificar de grotescos. Recordemos, y el ejemplo tiene mucho mayor alcance que el puramente anecdótico, que en país de tan amplia y excelente red de autopistas estatales como es Italia son varias y distintas las sociedades públicas que las administran y cuya gestión, ha sido práctica frecuente, se reparte entre los distintos partidos políticos en el Poder, tratando de acomodar la proporción de kilómetros de cada una de ellas a la de los representantes parlamentarios de los mismos. ¡Sin comentarios!

Con mayor detalle sobre las experiencias privatizadoras en Francia y en Inglaterra, vid. lo que ya recogí en *Las empresas públicas*, 1040 s. En relación con este último país, cfr. especialmente F. VILLAR ROJAS, 99 ss. En el Derecho francés los principios establecidos en la ley para la distribución de las participaciones patrimoniales que se privatizan han sido objeto de diferentes modificaciones posteriores.

Las soluciones vigentes que recojo en el texto en relación con el proceso de deslegalización de la disponibilidad del patrimonio del Estado han sido confirmadas por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y por el artículo 142 de la Ley 13/1996, llamada de acompañamiento de la de los Presupuestos Generales del Estado.

La Ley 5/1995, de 23 de marzo, fue desarrollada reglamentariamente, con Dictamen favorable del Consejo de Estado, por el RD 1525/1995, de 15 de septiembre, que, entre otros extremos, precisó el concepto de socio estatal, reguló el procedimiento autorizatorio, el

acceso al Registro Mercantil de los correspondientes Reales Decretos que lo establezcan en relación con las distintas empresas en particular, las limitaciones a considerar cuando se tratase de acciones que coticen en Bolsa y el papel de la información que sobre las empresas que se privaticen dispongan tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores como el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, que debe ser puesta a disposición de los Ministerios correspondiente. Asimismo, se reglamenta la posible participación en su caso de las correspondientes Comunidades Autónomas. La citada Ley 5/1995 se ha aplicado, en concreto, a la privatización de Repsol y de determinadas sociedades de su grupo por RD 3/1996, de 15 de enero; y a la de Telefónica y otra sociedad de su grupo, por RD 8/1997, de 10 de enero.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, en los términos que se dice en el texto, lleva a cabo una reordenación integral del sector público: junto a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A., y a la Agencia Industrial del Estado, que habían sido establecidas en su momento por la Ley 5/1996, estaba la Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A., que pasa a denominarse Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A. —cuyo objeto social se matiza—, y que a su vez absorbe a la Sociedad Estatal de Patrimonio II, S.A. La transparencia y publicidad del proceso privatizador está muy presente en el referido Acuerdo. En relación con el destino de los ingresos procedentes de las privatizaciones, expresamente señala en relación con los que se integran en el Presupuesto de Ingresos del Estado que «no podrán ser destinados a atender gastos u obligaciones corrientes de las Administraciones públicas, destinándose preferentemente a la corrección de los desequilibrios presupuestarios y a la financiación de inversiones».

El Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/1996, aparece publicado en el «BOE» del siguiente día 6: su Preámbulo, que en algunos puntos se expresa en términos un tanto desenfadados, es de una claridad extrema al explicar el alcance que se pretende que tenga la norma.

5. La temática a la que aludo en este último apartado incide, nada menos, que sobre las relaciones entre el Estado y la Sociedad. En modo alguno cuestiono la necesidad de reducir el aparato y la actuación del primero. Es algo que debe quedar muy claro. No obstante, parece obligado hacer hincapié de forma muy especial en la necesidad de una rehabilitación de lo público, que, como advierto en el texto, no puede enjuiciarse ni peyorativa ni indiscriminadamente. Una rehabilitación que debe constituir un auténtico rearme moral de

una situación que, además, ofrece de modo inequívoco testimonios ejemplares permanentes que no cabe silenciar. Línea argumental que, por ejemplo, conduce a considerar un sinfín de aspectos de la actuación de los administradores públicos, desde los propios de la ética funcionarial a los de supuestos que puede considerar el actual Código penal. Sobre estas cuestiones está de actualidad, como es sabido, el llamado Informe Nolan, sobre *Normas de conducta de la vida pública*, Ed. Documentos INAP, Madrid, 1996, del que inicialmente diera cuenta entre nosotros E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 1995, 76 ss., y sobre el que puede verse con mayor detalle J. A. FUENTETAJA PASTOR - J. GUILLÉN CARAMES, *La regeneración de la Administración pública en Gran Bretaña*, Madrid, 1996. Quiero expresamente señalar que la temática que planteo en este apartado ha sido objeto de análisis, desde muy distintas perspectivas, en la primera de las obras publicadas por la Fundación Manuel García Pelayo, ed. G. SORIANO y H. NJAIM, *Lo público y lo privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad*, 2 vols., Caracas, 1996; se trata de una obra colectiva de notable interés que puede ayudar muy mucho a clarificar conceptos tan importantes como los que expresa su propio título.

