

II. EXTRANJERO

PROCESOS DE PRIVATIZACION DEL SECTOR PUBLICO EN ITALIA (*)

Por
ENRIQUE GARCÍA LLOVET
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de
Santiago de Compostela

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN.—1. ANTECEDENTES Y ESTRUCTURAS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL SISTEMA ITALIANO: 1.1. *Evolución histórica*. 1.2. *El marco constitucional de la iniciativa económica pública*. 1.3. *Las estructuras institucionales de la empresa pública en el ordenamiento italiano*.—2. EL ORDEN CAUSAL DEL PROCESO PRIVATIZADOR DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL SISTEMA ADMINISTRATIVO ITALIANO: 2.1. *Los presupuestos estructurales de los procesos de privatización*. 2.2. *El proceso de integración europea como presupuesto ideológico y como marco normativo de la privatización en el sector público*.—3. LA DINÁMICA DEL PROCESO PRIVATIZADOR: 3.1. *Las bases normativas del proceso privatizador*. 3.2. *La transferencia a manos privadas*.—4. LAS TRANSFORMACIONES EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS.

0. INTRODUCCIÓN

La privatización parece haberse convertido desde principios de los años ochenta en un «fantasma que recorre Europa». En palabras de BON: «Es la hora de las privatizaciones, tanto al este como al oeste, al norte como al sur» (1). La privatización como ideología y los procesos privatizadores que alumbró alteran, en su misma esencia, las que habían sido, desde la segunda posguerra mundial, las bases del sistema de relaciones entre Estado y sociedad y, desde una perspectiva más concreta, la posición de los poderes públicos en el mercado.

El término privatización tiene, sin embargo, una polisemia acusada (2), incluso desde una lectura estrictamente técnico-jurídica. Privatizar puede

(*) Esta investigación se ha realizado durante una estancia en los meses de octubre y noviembre de 1994 en el Instituto de Especialización en Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración de la Universidad de Bolonia, junto al Profesor Luciano VANDEL-LI, cuyas orientaciones fueron extraordinariamente útiles; mi agradecimiento a los restantes profesores, de forma singular a la doctora ENDRICI, así como al personal del Instituto.

(1) BON, *Les nationalisations dans la jurisprudence constitutionnelle de l'Europe de l'Ouest*, «RFDC», núm. 17, 1994, pág. 17.

(2) Así, entre otros, PREDIERI, «Demanio, Patrimonio Pubblico e privatizzazioni», en *Problemi giuridici delle privatizzazioni* (Actas del Congreso celebrado en Courmeyer el 25 de junio de 1993), Milano, 1994, págs. 13 y ss.

significar para algunos autores la transferencia de empresas públicas, en mano pública, a manos privadas; privatizar puede significar, en otros términos, la retirada del operador económico en mano pública del mercado sectorial en el que ocupaba previamente una situación de monopolio, de competencia imperfecta o, con menor frecuencia por las razones que luego examinaremos, de competencia perfecta; en el primero de estos últimos tres supuestos puede significar también devolver a la iniciativa privada un sector de actividad.

Pero privatizar también significa alterar en otros planos el sistema administrativo: así, las mutaciones en el régimen del empleo público que han modificado profundamente el modelo funcional allí donde éste ocupaba una posición central; mutaciones que aproximan el sistema de relaciones entre Administraciones y empleados públicos al existente en el ámbito del derecho laboral. La «laboralización» de las relaciones de empleo público es una manifestación más de un amplio proceso de reinterpretación de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos; en este caso, con una doble proyección interna y externa.

En el marco de ese amplio proceso de reinterpretación se encuadra también una última acepción del término privatizar, privatizar en el sentido de sustitución de los anteriores modelos autoritarios, de potestades de imperio, por modelos convencionales, de negociación y de consenso, en las relaciones entre la Administración y los administrados.

Privatizar vendría a ser así no tanto la antítesis de publicar, sino más bien la derogación de la publicación considerada como un sistema, sistema de privilegios y cargas que la relación funcional comporta, sistema de privilegios para la Administración y de garantías para el ciudadano, que el ejercicio de potestades integra para alcanzar los fines que el ordenamiento en cada momento le señala.

Se produciría así una mutación de los medios puestos a disposición de los poderes públicos para alcanzar, en esto sí que la identidad se impone en uno y otro sistema, fines públicos.

La polémica desatada en nuestra doctrina sobre la legitimidad constitucional y los límites de ese gran proceso privatizador en el que se encuadran estas privatizaciones parciales y/o instrumentales es bien conocida y no nos vamos a detener en ella; aunque alguna referencia hemos de hacer en el orden de principios (3).

Nuestro objeto de estudio se centrará tan sólo en el primero de los procesos citados anteriormente: las transformaciones en las relaciones entre los poderes públicos y el mercado. No se desconoce, naturalmente, que el

(3) Sólo reseñar brevemente las últimas aportaciones de nuestra doctrina a propósito de la publicación/privatización de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y su proyección sobre las bases constitucionales del Derecho Administrativo; vid. BORRAJO, *The privatisation of legal rules: Spain*, en «Revue Européenne de Droit Public», 1994, número especial, págs. 147 y ss.; con anterioridad, también de BORRAJO, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», núm. 78, 1993, págs. 233 y ss.; una tesis bien diferente en DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo», en DEL SAZ, LOZANO y CHINCHILLA, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992.

conjunto de los procesos privatizadores están íntimamente relacionados. En el plano de los principios responden a los mismos planteamientos ideológicos de reinterpretación de lo público y lo privado en el conjunto de la vida social; en otro nivel, una mutación en el sistema de relaciones que nos interesa afecta a otros subsistemas incluso en el plano fáctico. Un ente público privatizado privatiza no sólo su marco institucional sino también, como parte de él, sus relaciones jurídicas internas y externas.

Privatización, pues, de la empresa pública, entendida ésta desde un concepto amplio como aquella organización de recursos humanos y materiales que realiza una actividad de producción de bienes o servicios para un mercado, un mercado que, insistimos, puede tener una estructura monopolista, *ex lege* o *de facto*, o una estructura de mercado competitivo. Se asume, pues, la conceptualización más amplia de la empresa pública como categoría doctrinal (4).

El interés por el proceso italiano de privatización del sector público se justifica por varios órdenes de razones, en primer lugar por la proximidad de las instituciones basilares del derecho público italiano respecto de nuestro ordenamiento y de los sistemas administrativos que ambos sustentan y estructuran. Si se quiere un ejemplo significativo ahí están los artículos 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de nuestro texto constitucional, que actúan como primer eje de vertebración del modelo de Estado Social. No podemos olvidar que, como veremos inmediatamente, la definición del Estado como Estado Social y el proceso publicador de sectores económicos, así como la iniciativa pública en otros sectores no reservados a la mano pública, están íntimamente unidos; aunque tampoco podemos olvidar que tanto la actividad empresarial en mano pública como los procesos publicadores de sectores de actividad son, en numerosas ocasiones, anteriores a la proclamación del Estado Social de Derecho, constituyendo el sistema político-administrativo italiano, como el nuestro, un buen ejemplo de esta tesis; en ambos casos, en el marco de sistemas políticos autoritarios se alumbraron importantes procesos de publicación de amplios sectores de la actividad económica. No es despreciable la influencia que pudieran tener en los procesos citados los conflictos bélicos, que en un caso datará su inicio y en el otro marcará su fin; pero también es cierto que una intensa intervención de los poderes públicos en la actividad económica y una expansión del sector público, que representaba un salto cualitativo respecto de períodos anteriores, se prolongaron durante todo el período, pudiendo representar los momentos bélicos ejemplos de «economía de guerra», que interrumpen, agudizándolos los perfiles de dos sistemas fuertemente caracterizados en el sentido antes citado.

Como puede comprenderse, no es simplemente el paralelismo en el orden causal interno, del Estado Social y de procesos publicadores anteriores, el que determina nuestro interés; una segunda y poderosa razón, sobre

(4) Para una posición radicalmente distinta del concepto de empresa pública referido al ordenamiento español, vid., recientemente, PIÑAR MAÑAS, *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, «REDA», núm. 84, 1994, pág. 555.

la que más adelante nos detendremos, nos obliga a prestar atención al proceso privatizador italiano. Esta razón responde al orden causal externo del proceso privatizador; como veremos inmediatamente, no sólo las profundas transformaciones ideológicas que se han vivido en la cultura jurídica y política occidental en los últimos quince años, sino también, y en un plano bien distinto, la nueva «Constitución Económica» que a ambos Estados impone su integración, en diferentes momentos, en la Comunidad ahora Unión Europea.

El proceso privatizador italiano resulta de especial interés por último porque, pese a su carácter espasmódico debido a problemas estructurales de las instituciones políticas y administrativas, puede trazarse una línea de continuidad que atraviesa las profundas transformaciones que ha vivido el sistema político italiano en estos últimos años. El alumbramiento de la llamada II República, con la desaparición de buena parte de las formaciones políticas que presidieron los últimos cuarenta y cinco años de la vida de dicho sistema, no ha interrumpido más que episódicamente el proceso privatizador que nos ocupa. Las reformas institucionales que han de acompañar esa transformación serán el marco donde el proceso privatizador finalice. Se da así una asimetría institucional y política que no deja de ser sorprendente, al menos en una primera aproximación.

1. ANTECEDENTES Y ESTRUCTURAS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL SISTEMA ITALIANO

Podemos afirmar, de acuerdo con lo anteriormente señalado, sin una pretensión de cuantificación, que el sector público, el conjunto de empresas en mano pública, ocupaba un lugar central en el conjunto de la actividad económica en Italia (5); procede ahora detenerse, aunque sea brevemente, en el análisis de su evolución histórica así como de sus estructuras; sólo así podrá comprenderse el alcance exacto del proceso privatizador (6).

Un proceso privatizador que actúa y actuará en el futuro como un elemento determinante del conjunto de la vida económica y social en Italia.

1.1. Evolución histórica

Pretender una datación precisa del inicio de la actividad empresarial en mano pública en el sistema administrativo italiano, como en nuestro propio sistema, parece un esfuerzo inútil.

(5) Para una primera aproximación a la problemática general del sector público en el sistema administrativo italiano, vid. SANDULLI, «Le imprese pubbliche in Italia», una primera edición en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979, págs. 3115-3145; ahora también en SANDULLI, *Scritti Giuridici*, vol. IV, Napoli, 1990, págs. 597 y ss.

(6) Para la evolución histórica del sector público puede consultarse recientemente R. PÉREZ, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici dalla prima guerra mondiale agli anni sessanta*, en «Enti Pubblici», núm. 3, 1992, págs. 349 y ss.; un extenso artículo publicado también en *La disciplina finanziaria e contabile sugli enti pubblici*, AA.VV., Bologna, 1992; con anterioridad, las aportaciones de ROVERSI-MONACO al volumen ROVERSI-MONACO y ARMANI, *La partecipazioni statali*, Milano, 1977, especialmente págs. 115 y ss.

La presencia de los poderes públicos en la vida económica mediante distintos títulos y técnicas no es característica exclusiva de un modelo determinado de Estado; afirmamos, con GIANNINI, que la intervención de los poderes públicos en la actividad económica es no sólo una constante histórica, sino también un fenómeno connatural a la existencia misma del poder político (7).

La tesis aquí defendida no pretende afirmar, sin embargo, que el sistema de relaciones entre los poderes públicos y la vida económica haya permanecido inmutable en sus términos a lo largo de la historia; lo que se pretende afirmar es que la intervención de los poderes públicos en la vida económica y social y, en algunos casos, la iniciativa pública empresarial, han sido una constante a lo largo de la historia. Por centrarnos en el caso italiano, tanto la creación de entidades crediticias por parte de las ciudades libres y Repúblicas durante la baja Edad Media y el Renacimiento como la iniciativa de esos mismos poderes públicos en procesos de dotación de infraestructuras extensos y complejos que transformaron las condiciones de explotación del sector agrario (deseccación de pantanos, construcción de obras hidráulicas, de comunicación o de aprovechamiento agrícola) (8) son un buen ejemplo de la tesis aquí sostenida. Esta actividad de disciplina de la economía en todas sus vertientes: comercio interior y exterior, política monetaria...; así como la iniciativa económica pública, tuvo una continuidad temporal durante los siglos siguientes; piénsese en el papel decisivo de las Reales Fábricas, que abastecían tanto a la Corte como a los ejércitos y armadas, en el alumbramiento de una primera cultura industrial, desde el punto de vista sociológico pero también tecnológico, en el continente en la segunda mitad del siglo XVIII.

Esta breve reflexión histórica obliga a aproximarse al problema de la datación inicial de la iniciativa pública empresarial en el sistema italiano desde otra perspectiva; ésta no es otra que la identificación del momento institucional organizativo en el que un ente, en mano pública, dotado de personalidad jurídica realiza una actividad empresarial de producción de bienes y servicios para el mercado. Si tomamos esta tesis como punto de partida, las opciones que se nos ofrecen son varias; así, la creación del Istituto Nazionale delle Assicurazioni (INA) por RD núm. 943/1913 (9).

Si excluimos, por el contrario, el dato de la personalidad jurídica y retenemos tan sólo el elemento sustantivo y finalista, el primer momento relevante tanto en términos cuantitativos como cualitativos, en este siglo, se-

(7) GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, págs. 21 y ss., con una interesante exposición de las funciones de disciplina de actividades económicas o de dotación pública de infraestructuras, que se proyectan sobre el conjunto de la actividad económica; en un sentido contrario, CAVALLI y DI PLINIO, *Manuale di Diritto Pubblico dell'economia*, Milano, 1983, pág. 2.

(8) Sobre este último aspecto, referencias históricas globales, aunque con unas precisas fuentes documentales, en una obra ya clásica: BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, 1949, 1966; edición castellana: México, 1953; se cita por *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, México, Madrid, 1987, vol. I, págs. 92 y ss.

(9) Vid. PÉREZ, *op. cit.*, pág. 351.

ría sin duda la Ley núm. 137 del año 1905, que constituye la Azienda Autonoma della Ferrovie dello Stato. La iniciativa económica en mano pública aparece así vinculada a la realización de los procesos de dotación social de grandes infraestructuras (10).

El espacio, en términos de mercado, de la iniciativa empresarial pública, como los restantes instrumentos de intervención en la vida económica, sufrió un salto cuantitativo y cualitativo con el advenimiento del fascismo. Una de las estructuras organizativas fundamentales del proceso de publicación de sectores importantes de la actividad verá la luz en estos momentos; nos referimos al IRI, creado por RDL núm. 5, de 23 de enero de 1933. La importancia de la creación del IRI es enorme porque va a configurar el modelo de entes públicos, con estructura de *holding*, que caracterizará la estructura organizativa de la empresa en el sistema político-administrativo italiano. Un modelo que permitirá una elevada autonomía y que impondrá, como mecanismo corrector de la misma, para orientar de forma coordinada las políticas económicas e industriales sectoriales, la creación, a su vez, de órganos como la CIPE y la CIPI.

La intervención de los poderes públicos en la economía no se agota en una expansión del sector público, sino que se complementa con una publicación general del conjunto de la vida económica; en efecto, la Ley núm. 141/1933, de 12 de enero, subordina toda iniciativa económica privada a la previa autorización del Gobierno (11).

Por su parte, el sector crediticio, fundamental en el conjunto del sistema económico, será objeto de un singular e intenso proceso de intervención, en este período, que toma como título el DL núm. 375, de 12 de marzo de 1936, conv. en Ley núm. 141, de 7 de marzo de 1938 (12).

1.2. *El marco constitucional de la iniciativa económica pública*

La instauración de un Estado de Derecho y el marco constitucional en el que éste se articulaba no podían marginar los principios y reglas inherentes a la intervención de los poderes públicos en la economía. Un nuevo texto constitucional imponía la exigencia, en su seno, de una nueva constitución económica (13); constitución económica en la que ocupa un lugar

(10) Vid. CAVALLO y DI PLINIO, *op. cit.*, pág. 17.

(11) La secuencia temporal entre las dos normas, de creación del IRI y de Disciplina de la actividad económica privada (Ley núm. 141/1933), es buena muestra de una política económica global de naturaleza fuertemente intervencionista. Vid., entre otros, IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, «Rivista della Società», núm. 2, 1993, págs. 465 y ss.

(12) Téngase en cuenta que hasta la reciente reforma del sector crediticio por el D. Legislativo núm. 385, de 1 de septiembre de 1993, la norma basilar del mismo seguía siendo, con sucesivas reformas, el citado DL núm. 375 del año 1936; sobre esa continuidad puede verse GENTILI, «Il risparmio e il credito», en *I rapporti economici nella Costituzione*, vol. III, Milano, 1989, págs. 599 y ss.

(13) Para una visión reciente del concepto de constitución económica en la doctrina italiana, vid. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di «costituzione economica»*, en «Il Diritto dell'economia», núm. 1, 1992, págs. 71 y ss.

central la empresa pública como instrumento de la acción de los poderes públicos en la economía (14).

Una constitución económica que tiene sus hitos principales en los artículos 3.2, 41, 42 y 43 (15); aun cuando una parte de la doctrina italiana entiende que el precepto basilar de la constitución económica se encuentra, si se nos permite la expresión, fuera de la constitución económica, nos referimos al artículo 11 en la medida en que determina un proceso de transferencia de soberanía que afecta a los principios y reglas que estructuran la constitución económica (16). Tesis esta última de gran trascendencia al definir uno de los elementos del orden causal de los procesos de privatización.

Una constitución económica, la aprobada en el año 1947, que obtuvo un general consenso de las distintas fuerzas políticas, lejos de lo que pudiera esperarse en un primer momento dada la extremada polarización de las mismas (17). Un consenso entre las dos grandes fuerzas que venía a constitucionalizar un modelo de «economía mixta», en el que junto a una función institucional relevante de la iniciativa económica privada, en tanto que conformaba uno de los elementos de caracterización del sistema, se contemplaba igualmente una función de coordinación de los poderes públicos de dicha iniciativa, así como una iniciativa económica pública coordinada con la iniciativa empresarial en mano privada (18). Una constitución económica que contempla en el artículo 43 procesos de intensa publicación de sectores de actividad; así como los títulos de legitimación constitucional suficientes para proceder a la nacionalización de empresas o grupos de empresas, integrándose éstas, de ejercer la potestad reconocida, en el sector público.

La Constitución de 1947 venía a sancionar así una iniciativa pública concebida en un plano de paridad y concurrencia con la iniciativa privada, a salvo, en el plano formal, de la existencia de reservas en régimen de monopolio, así como de las dudas, desde una lectura sustantiva, a propósito de la igualdad real en el mercado entre la empresa pública y la empresa en mano privada. El principio de subsidiariedad de la empresa pública, capital en la definición de la constitución económica en otros textos constitu-

(14) SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, en «Rassegna di Diritto Pubblico», 1965, pág. 4.

(15) Para una visión descriptiva de la Constitución económica en el texto constitucional de 1947, vid. el conjunto de estudios que se recogen en el *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, tomo I (intitulado *La costituzione economica*), dirigido por GALGANO, Padova, 1977; más recientemente, las aportaciones generales y sectoriales que se recogen en la obra colectiva *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990.

(16) Vid., entre otros, MARZUOLI, *Mercato e valore del intervento pubblico*, en «Le Regioni», núm. 6, 1993.

(17) Para una lectura actual de los debates de la Asamblea Constituyente a propósito de la constitución económica, vid. AMATO, *Il Mercato nella costituzione*, «Quaderni Costituzionali», núm. 1, 1992, págs. 7 y ss.

(18) Para una visión crítica de esta lectura de la constitución económica, vid. POTTSCHNIG, «Poteri pubblici ed attività produttiva», en *La costituzione economica a quarant'anni...*, op. cit., págs. 100 y ss.

cionales, cedía el paso ante un diseño de mercado donde operadores públicos y privados concurrirían en un plano de igualdad (19).

Un plano de igualdad, al menos formal, que ha tenido sanción en la jurisprudencia, y que viene a caracterizar a los entes públicos económicos, frente a los entes dotados de potestades, afirmando: «en realidad el ente público (económico) no ejercita en su actividad normal de relación con terceros, poder alguno de imperio, *ni se puede prevaler de posiciones de supremacía respecto a los particulares*» (C. Cass. SU 26 de enero de 1979) (20).

La igualdad de la iniciativa económica pública y privada en el mercado es, sin embargo, puramente formal; por un lado, las estructuras de financiación de las empresas en mano pública y en mano privada son sustantivamente diferentes: limitadas en el segundo caso a los procesos normales de captación de recursos en el sistema financiero, comprenden en el primero no sólo los mismos procesos, sino también la transferencia de fondos públicos a empresas en mano pública, transferencia que puede revestir a su vez diversas formas dependiendo de la naturaleza jurídica de la empresa pública beneficiaria.

Este último dato tiene una importancia decisiva, como veremos, a la hora de establecer el orden causal de los procesos privatizadores.

Pero, además, en relación con determinadas categorías de bienes y servicios, la iniciativa pública puede excluir o limitar *de iure* la concurrencia de la iniciativa económica privada a mercados sectoriales, que tienen por objeto esos recursos o servicios.

Los mecanismos de garantía del equilibrio entre la satisfacción de necesidades sociales mediante una oferta pública de prestaciones que excluye la libre iniciativa privada y esa misma iniciativa en mano privada han de encontrarse en el estatuto constitucional de los procesos de publicación al que anteriormente hemos hecho referencia. Debemos destacar entre los mecanismos que integran dicho estatuto constitucional, en el plano de las garantías formales, la reserva de ley contenida en el artículo 43 de la Constitución, que impone como único instrumento normativo constitucionalmente apto para operar los procesos de publicación citados una norma con rango de ley. La naturaleza formal de la garantía queda patente en la Sentencia de la Corte Constitucional de 7 de marzo de 1964, que declara la constitucionalidad de la Ley núm. 1643/1962, de 6 de diciembre, de nacionalización del sector eléctrico, creando el Ente Nacional para la Energía Eléctrica (ENEL); pues bien, en dicha Sentencia la Corte Constitucional afirma que «La identificación de los intereses a satisfacer y de los medios para hacerlos operativos y los sacrificios a imponer, para alcanzar los fines de utilidad general, corresponde al Parlamento», entendiéndose que cualquier injerencia en esa esfera de decisión política por parte de la Alta

(19) Sobre la problemática que ello plantea, vid. ROVERSI MONACO, «L'attività economica pubblica», en *Tratato di Diritto Commerciale...*, dirigido por GALGANO, vol. I, op. cit., págs. 371 y ss.

(20) Un estudio pormenorizado de la jurisprudencia al respecto en GENTILI, «Comentario al art. 41.3», en *I rapporti economici nella costituzione*, vol. III, op. cit., págs. 100 y ss.

Corte, siempre que el Parlamento cumpla las exigencias constitucionales, carece de legitimidad constitucional. Junto a la garantía formal mencionada encontramos unos límites constitucionales sustantivos a los procesos de publicación en los que no podemos detenernos ahora, pero que el propio artículo 43 enuncia; así, las actividades o categorías de bienes susceptibles de publicación, que de acuerdo con el artículo 43 han de ser los servicios esenciales, las fuentes de energía o las situaciones de monopolio, con el presupuesto general de la afectación del interés general. Interés general que opera también *ad intra* como elemento conformador, constitucionalmente impuesto, del legítimo ejercicio de la libre iniciativa económica privada (21).

1.3. *Las estructuras institucionales de la empresa pública en el ordenamiento italiano*

La iniciativa económica pública, la actividad empresarial de los poderes públicos, se acomoda a formas jurídicas diversas cuya definición es esencial para entender el conjunto del proceso privatizador.

En una definición amplia de empresa pública, por otra parte la única que puede dar cuenta del proceso privatizador que nos ocupa, encontramos un conjunto de entes susceptibles, en una primera aproximación, de una clasificación trimembre: Azienda Autonoma, ente público y sociedad por acciones en mano pública (22).

Una clasificación que ha sido utilizada incluso para periodizar la evolución histórica de la empresa pública en el sistema administrativo italiano, identificando tres períodos bien distintos, empresa-órgano, empresa-ente público, empresa-sociedad por acciones o sociedad en mano pública (23).

Las tres categorías no han jugado un papel igual en la construcción del sector público en el sistema administrativo italiano, la reconstrucción his-

(21) Vid. al respecto, entre otros, CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e «costituzione vivente»*, Padova, 1978 (con un análisis de la doctrina de los diversos órdenes jurisdiccionales); GALGANO, «La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali», en *Trattato di Diritto Commerciale...*, op. cit., vol. I, págs. 500 y ss.; también, recientemente, RESTUCCIA, *La tutela costituzionale dell'iniziativa economica e l'intervento pubblico nella attività imprenditoriale*, en «Il Diritto delle Economia», núm. 1, 1994, págs. 173 y ss.

(22) La taxonomía de empresas públicas es prácticamente infinita, no sólo diversa, en cada autor: también ha de tenerse en cuenta que, en ocasiones, se utilizan criterios alternativos, pero no excluyentes, complementarios o paralelos de clasificación; así, tomando como ejemplo una obra reciente, Rossi considera a las sociedades por acciones una forma de ente público: *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, págs. 171 y ss., aunque manifiesta sus reservas frente a la corrección técnico-jurídica, si bien la conceptualización que realiza de la categoría de ente público le permite acoger una solución como la reseñada, tesis criticada por otros sectores doctrinales, así CAVALLO, *Reflessioni in tema di enti pubblici*, en «Il Foro Amministrativo», núm. 9, 1992, pág. 2130.

(23) Así, por ejemplo, SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, op. cit., págs. 5 y ss., especialmente págs. 11 y ss.; también con anterioridad respecto de los mismos procesos, vid. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, «RTDP», núm. 4, 1958, págs. 908 y ss.

tórica de la génesis y desarrollo de la empresa pública en el sistema italiano que hemos apuntado tiene un valor dogmático relevante pero no da una respuesta funcionalmente satisfactoria.

No parece discutible que tanto desde un punto de vista dogmático, con la reserva señalada, como funcional los entes públicos han sido, dentro de la taxonomía reseñada, el eje sobre el que se ha articulado todo el entramado institucional de la iniciativa pública en la economía de naturaleza empresarial (24).

La definición de lo que es un ente público económico se convierte así en una pieza fundamental para la reconstrucción del sistema administrativo. El esfuerzo parece en ocasiones destinado al fracaso pues, como afirma SPAMPINATO, «Nuestro ordenamiento jurídico no da una definición de ente público», siendo «innumerables las tentativas de propuestas por parte de la doctrina» (25).

Los intentos de definición han de partir del criterio de la publicidad de determinadas categorías de entes frente a la naturaleza jurídico-privada de otros. La personificación jurídico-pública es un primer dato a tener en cuenta (26).

La noción de ente público económico se construye, sin embargo, para un sector de la doctrina a partir de normas de derecho privado, en concreto a partir del artículo 2093 del Codice Civile de 1942, que establece el sometimiento a las disposiciones del Libro V del Codice, si bien limitando dicha aplicación a la actividad empresarial que ejercita (27).

Pero el papel funcionalmente decisivo de los entes públicos económicos en la arquitectura del sector público en el ordenamiento italiano se explica por su posición como ente de intermediación del Estado aparato y

(24) En este sentido, entre otros, IRTI, *Dall'ente pubblico economico...*, op. cit., págs. 466 y ss.

(25) Para una primera aproximación al concepto de ente público, ROSSI, *op. cit.*, *passim*; también, desde una perspectiva más general, GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 3.^a ed., 1993, págs. 189 y ss. (evolución doctrinal y jurisprudencial), aunque GIANNINI mantiene una tesis crítica respecto de la posibilidad de una construcción unitaria del concepto de ente público; para una visión más favorable a ese intento de reconstrucción conceptual, sin ahorrarse por ello críticas a ROSSI, vid. SANTANIELLO, *La crisi dell'ente pubblico*, «Rivista Amministrativa», núm. 1, 1992, pág. 4. La cita de SPAMPINATO, en *Intorno alla definizione di ente pubblico*, «RTDP», núm. 2, 1994, pág. 411.

(26) Parcialmente en contra, en una polémica que fue especialmente intensa en esos años, RESTA, para quien «en verdad no existe un criterio decisivo de distinción entre entes públicos y entes privados que valga para todos los casos», al menos un criterio formal, en «Natura e criteri di identificazione delle persone giuridiche pubbliche», en *Anali della Università di Macerata*, 1937, pág. 393; para RESTA, tan sólo el fin público es un criterio que permite caracterizar al ente; en la misma época, CANTUCCI, «Sull'elemento distintivo delle persone giuridiche pubbliche», en *Studi Senesi*, 1940, págs. 383 y ss., rechazando igualmente, aunque por razones distintas, un único criterio definidor de la naturaleza jurídica de los entes; en esas mismas fechas, MIELE, «La distinzione fra ente pubblico e privato», en *Studi in Memoria R. Ferrara*, Milano, 1943, posteriormente recogido en MIELE, *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano, 1987, págs. 366 y ss.; MIELE sostiene que la distinción no se encuentra en el servicio a unos fines distintos, sino en la posición jurídica diferente de ambos tipos de entes en el ordenamiento; así, pág. 391.

(27) Así, IRTI, *Dall'ente pubblico economico...*, op. cit., pág. 46, la definición se completa con las prescripciones contenidas en el artículo 409.3 del Codice di Procedura Civile.

los entes societarios. Las sociedades en mano pública lo son habitualmente mediante la participación en su accionariado de entes públicos económicos de gestión, que tienen como fin institucionalmente previsto la gestión de ese patrimonio accionario y, de forma mediata, la dirección de los procesos de toma de decisión en dichas sociedades (28).

Es importante distinguir en este momento entre los entes públicos de ordenación que, aunque desagregados formalmente de la estructura jerarquizada de la Administración central, podemos definir como personificaciones instrumentales de ordenación *del* mercado de los mercados sectoriales y los entes públicos económicos que operan *en* el mercado o en mercados sectoriales como operadores económicos. El fin atribuido, formal, es bien diferente, aun cuando de forma mediata se persigan en último término siempre fines públicos que se mueven en la misma órbita y que, razonablemente, han de corresponder a políticas sectoriales y generales coherentemente articuladas.

Los instrumentos son, por otra parte, igualmente diferentes; así, el *status* en el mercado de un ente público económico, directamente o por sociedades por el mismo participadas, lo convierte en productor y demandante de bienes y servicios en el propio mercado, siendo un instrumento de la política económica, mientras que los entes públicos de ordenación sirven, mediante actos de autoridad, al mismo universo de fines públicos (29).

Las sociedades por acciones con capital público, con una disciplina específica en el Codice Civile en los artículos 2458 al 2461, eran el instrumento normal de gestión empresarial de una actividad; fruto de un proceso de huida del derecho público, a la búsqueda de mayores niveles de eficacia tanto económica como social, van a convertirse en un momento clave del proceso privatizador (30).

(28) Vid SANTANIELLO, *Profili giuridici...*, op. cit., págs. 9 y ss.; también, ROVERSI-MONACO, «Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma», en *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. III, Milano, 1987, especialmente págs. 468 y ss., poniendo el acento en la función de articulación de los fines sociales que ha de perseguir la iniciativa pública y los objetivos económicos que una empresa, incluso la pública, ha de señalarse, articulación que es institucionalmente posible gracias a los entes de gestión; con anterioridad, el propio ROVERSI-MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967. La polémica doctrinal en Italia a propósito del sistema de relaciones entre los entes de gestión y las estructuras centrales no desagregadas, especialmente con el Ministerio de las Partecipaciones Estatales, fue intensa en los años sesenta; así, además del estudio de ROVERSI-MONACO, puede verse MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, especialmente págs. 137 y ss., a la búsqueda de un marco doctrinal adecuado para los procesos de dirección de los entes de gestión; y con unas tesis contrarias a las defendidas por MERUSI, vid. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, especialmente págs. 113 y ss.; para una visión general del problema, CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, en «RTDP», 1958, págs. 907 y ss., especialmente págs. 925 y ss.

(29) No nos detendremos al examen de los problemas de la relación de instrumentalidad entre entes públicos y la administración matriz en la doctrina italiana; vid., en la doctrina italiana clásica, OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.

(30) Sobre la naturaleza instrumental de las s.p.a. en el ordenamiento italiano, vid. OTTAVIANO, «Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni», en *Studi Zanobini*, vol. II, Milano, 1965, págs. 289 y ss.; recientemente, sobre el lugar institucional de las sociedades por acciones en el sistema administrativo italiano, vid. LOLLI, *Le società a partecipazio-*

El cuadro institucional no estaría completo si no hiciéramos referencia al Ministerio della Partecipazioni Statali, creado por Ley núm. 1589, de 22 de diciembre de 1956, al que se atribuían poderes generales de control y dirección del conjunto del sector público, funciones que realiza por medio de los entes de gestión de ese accionariado, fundamentalmente el IRI y el ENI (creado por Ley núm. 163, de 10 de diciembre de 1943).

2. EL ORDEN CAUSAL DEL PROCESO PRIVATIZADOR DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL SISTEMA ADMINISTRATIVO ITALIANO

El proceso de privatización del sector público en el sistema administrativo italiano tiene un orden de motivaciones plural, al menos en una primera aproximación.

Los elementos ideológicos de este orden causal van acompañados de otros que se mueven, al menos formalmente, en un plano bien distinto como es el proceso de integración en la Comunidad/Unión Europea. Las estructuras ideológicas no son, sin embargo, estrictamente separables de su concreción en un modelo de Constitución económica como el que preside el ordenamiento comunitario.

2.1. *Los presupuestos estructurales de los procesos de privatización*

La crisis del Estado Social —crisis ideológica y crisis económica— es, sin lugar a dudas, un *prius* lógico de los procesos que nos ocupan. Las razones son varias: en un primer nivel la impugnación de la iniciativa pública en el mercado, bien cuando *de iure* o *de facto* excluye la iniciativa privada, bien cuando concurre con la misma.

La opción por un modelo de Constitución económica como el que caracteriza el Estado Social supone asumir una función de la iniciativa pública que va más allá de la corrección de las deficiencias del mercado. El sector público puede proyectarse así como empresario gestor de servicios esenciales para la comunidad, actuando o sin actuar la potestad de publicar la titularidad de los mismos (31), o bien como un operador económico que ofrece al mercado bienes y servicios carentes de esa nota de esencialidad, que se nos presenta como una fuente potencial de desigualdades en el mercado entre operadores públicos y privados.

Si la iniciativa pública tiene una naturaleza excluyente, la impugnación parte de una identificación entre dichos procesos excluyentes y las estruc-

ne pubblica come possibile elemento dell'organizzazione amministrativa, en «Diritto dell'Economia», núm. 1, 1994, págs. 105 y ss.

(31) No vamos a detenernos en la polémica sobre la relación entre servicios esenciales y servicios públicos esenciales; es suficiente recordar las diferencias existentes entre nuestro texto constitucional (art. 128) a propósito de la reserva de servicios esenciales y el correspondiente artículo 43 de la Constitución italiana, que establece el marco constitucional de la reserva de *servicios públicos esenciales*.

turas de un modelo de organización política autoritaria, previa singularización de la libre iniciativa económica privada como la clave de la bóveda del sistema entero de derechos y libertades (32).

Las exclusiones *de facto* de la iniciativa privada del mercado son impugnadas desde un plano algo diferente: se atribuye a la iniciativa pública, en este caso, una alteración sustancial de las reglas del mercado; en el mercado ideal las posiciones de los distintos operadores económicos son de igualdad, entendida ésta no sólo en su dimensión formal sino también sustantiva (33).

La impugnación del sector público desde estos presupuestos se ha movido en diversos frentes, el primero y más común la denuncia de la ineficacia e ineficiencia del sector público global o, singularmente, en cada uno de los sectores de actividad o en cada una de las concreciones institucionales de esa iniciativa pública considerado. Una gestión ineficiente e ineficaz que pone en cuestión la capacidad de satisfacer las necesidades sociales, en los supuestos de empresas públicas gestoras de servicios públicos, pero que igualmente pone en cuestión dicha iniciativa empresarial pública en ausencia de actividad servicial, al entender que la ineficacia del sector público en el mercado trae consigo una quiebra de las reglas del propio mercado.

La impugnación del sector público es, naturalmente, más radical cuando lo que se cuestiona es la posibilidad, la necesidad o la legitimidad misma del Estado Social, que actúa como fundamento último de la expansión del mismo; impugnación que, en numerosas ocasiones, olvida la sanción constitucional de ese modelo de Estado (34).

El debate doctrinal sobre la evolución histórica del Estado Social, su fundamentación constitucional o su articulación en diferentes planos (normativo, institucional) es enorme. Un debate doctrinal que no se detiene en las fronteras del derecho público, sino que se extiende en parcelas del conocimiento como la economía, la filosofía política o la sociología (35).

(32) Vid. ARIÑO, *Economía y Estado*, Madrid, 1993, especialmente págs. 123 y ss., vinculándolo a los procesos nacionalizadores instrumentales respecto de dichas reservas.

(33) Se podrá argumentar, con razón, que las diferencias entre los distintos operadores económicos en el mercado son evidentes; pero a ello se puede responder, sin adentrarnos en consideraciones que nos llevarían más allá de nuestro objeto de estudio, que las desigualdades existentes en el mercado son consecuencia del funcionamiento del mismo mercado, bien de forma inmediata, bien de forma mediata; por ello, si consideramos al mercado desde un punto de vista institucional, esas condiciones de igualdad no sólo se dan como ciertas, sino que son la base misma del funcionamiento del mercado. Una argumentación en un plano diferente, pero no contradictorio, se sostiene, como núcleo esencial del discurso, en el texto.

(34) La expresión Estado Social es, pese a las críticas de todos conocidas, una idea fuerza como elemento de definición de un sistema de relaciones entre poderes públicos y ciudadanos que tiene una evidente sanción constitucional; así, de forma explícita en el artículo 1 de nuestro texto constitucional e implícita en el artículo 9.2, auténtica cláusula general de progreso, recogida esta última en su formulación literal del artículo 3.2 del texto constitucional italiano.

(35) No es éste el lugar oportuno para dar cuenta, aun mínima, de ese debate; las referencias, sin embargo, para una primera aproximación a algunos de los niveles de análisis se encuentran más adelante; parece obligada cita, sin embargo, para una lectura en cla-

Una aproximación a una definición del Estado Social ha de partir de una definición del sistema de relaciones entre los poderes públicos y la sociedad en el que, lejos de convertirse en compartimentos estancos, tal como proponía el modelo constitucional liberal, ambas instancias se interpenetran.

El Estado interventor no es más que una caracterización del Estado Social, pudiendo manifestarse esta intervención, como ya hemos señalado, bien mediante una actividad de ordenación, regulación, que en la dinámica de impugnación se concreta en los procesos de desregulación, bien por medio de una actividad de producción de bienes y servicios, lo que implica una actividad empresarial pública, como ya hemos señalado en varias ocasiones (36).

La definición del Estado Social exige de inmediato varias aclaraciones; la primera y más importante es la tendencia parcialmente errónea a identificar Estado Social y Estado de Bienestar, atribuyendo a este último una función permanente de redistribución y de promoción (37).

Lo cierto es que la función de los poderes públicos se transforma radicalmente dependiendo de la situación económica: en momentos de crecimiento económico la función de redistribución y promoción buscará como objetivo la superación de las desigualdades económicas y sociales; en períodos de recesión o de crisis la función de los poderes públicos atenderá al aseguramiento de sectores de población y de sectores de actividad mediante un gasto social que asume múltiples formas y proyecciones (prestaciones directas o transferencias directas a los ciudadanos, impulso y aseguramiento de la iniciativa privada en un determinado sector de actividad con el fin de evitar costes sociales de mayor envergadura) (38). Podríamos hablar así de un Estado de Bienestar y de un Estado de Crisis como dos formas diferentes y complementarias del Estado Social; la falta de articu-

ve iuspublicista, entre nosotros, PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1982, *passim*. Para una descripción de los procesos de impugnación y defensa del modelo de Estado Social, desde el plano de la filosofía política en el mundo anglosajón, una primera aproximación en HARRIS, *Justifying State Welfare*, Londres, 1987 (edición en castellano: *La justificación del Estado del Bienestar*, Madrid, 1990); no puede olvidarse la importante influencia de las elaboraciones teóricas norteamericanas sobre el Estado y el Poder Público en el viejo continente, con una proyección más intensa en el debate político que en el estrictamente teórico.

(36) La oposición entre el modelo de Estado interventor y la privatización se presenta como errónea para una parte de la doctrina italiana; así, CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e «deregulation»*, en «RTDP», 1991, págs. 375 y ss., especialmente pág. 386.

(37) Así puede deducirse de algunos escritos de OFFE como los recogidos en el volumen *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, 1990; JOHNSON, por su parte, establece una conexión inmediata entre Estado asistencial, políticas de pleno empleo y políticas de nacionalizaciones para caracterizar la dinámica original del Estado del Bienestar; vid. del mismo, *The Welfare State in transition*, 1987; en la edición castellana: *El Estado de Bienestar en transición*, Madrid, 1990, págs. 17 y ss., si bien es cierto que la dimensión asistencial centra buena parte de su análisis.

(38) Para una aproximación ya clásica a los problemas en el plano económico que implican estas políticas públicas, vid. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, Nueva York, 1973; especialmente interesante el apéndice final, escrito en el año 1980; en la edición castellana: *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, 1981.

lación correcta entre los momentos de redistribución y aseguramiento que, en cada una de las fases del ciclo económico, los poderes públicos realizan contribuye, como de todos es sabido, a agudizar los elementos negativos del proceso.

La genealogía de las teorías neoliberales de impugnación del Estado Social no es difícil de rastrear, una impugnación frente a cualquier forma de intervención de los poderes públicos en la vida económica y social, en el mercado como sede institucional de los procesos de intercambio en que esa vida se resuelve, que tiene a finales de los años setenta a sus mejores valedores en el plano intelectual (HAYEK y FRIEDMAN son los ejemplos mas conocidos pero no son los únicos); la impugnación de los procesos de intervención de los poderes públicos en el mercado no se ha producido, como una lectura apresurada pudiera llevar a pensar, sólo desde una óptica neoliberal (39).

La década de los ochenta supuso el acceso al poder en buena parte de las democracias occidentales de formaciones políticas que compartían ese cuestionamiento de la presencia de los poderes públicos en el mercado, bien como operadores económicos, justificándose así políticas de privatización de empresas en mano pública, bien con una función de ordenación, justificándose así los procesos de desregulación o la opción por nuevas fórmulas organizativas de esos procesos de regulación (40).

En conclusión, la impugnación de la empresa pública, del sector público, ha partido de una identificación entre mercado, libertad y eficacia. El «mercado», un modelo de mercado, como institución y como categoría intelectual genera así unas pautas culturales y unas estructuras ideológicas bien distintas de las imperantes en las décadas inmediatamente anteriores.

La proyección normativa de estas pautas y estructuras puede ser muy diversa, confundándose en ocasiones, como ya hemos señalado, procesos de privatización y procesos de desregulación, dos tipos de procesos de naturaleza bien distinta pero que persiguen fines mediatos similares: el retorno a un mercado con unos niveles de publicación menor; sus fines inmediatos, así como su objeto directo, son, sin embargo, bien distintos (41).

La cultura del mercado no supone, sin embargo, el abandono por parte de los poderes públicos de funciones relevantes respecto del mismo, ni de potestades que a las mismas acompañan; de forma notable las vinculadas al principio de libre competencia, esencial para el funcionamiento mismo del mercado. Los poderes públicos encuentran así título de legitimación

(39) Como de todos es conocido, la crítica de la socialización de una parte de los costes de producción, de las externalidades y de las crisis singulares está presente en la obra de GALGANO; vid. *Las instituciones de la economía capitalista*, Valencia, 1980 (original: Bologna, 1974); desde el mundo intelectual anglosajón y con una perspectiva más economista, GOUGH, *Economía política del Estado del Bienestar*, Madrid, 1982 (original: *The political economy of the Welfare State*, 1979).

(40) Para una aproximación al primer impacto en la clase política italiana y en la doctrina de las críticas al Estado de Bienestar, vid. FERRERA, *Il Welfare State in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Bologna, 1984, especialmente págs. 120 y ss.

(41) Vid. al respecto, en la doctrina italiana, MAJONE y LA SPINA, *Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze*, «Stato e Mercato», núm. 2, 1992, págs. 249 y ss.

suficiente en el propio mercado, en la preservación de la integridad de sus reglas, para intervenir no ya como operador económico, sino como garante del correcto funcionamiento del mismo (42).

Las premisas ideológicas de los procesos de privatización parten de una ecuación en la relación entre Estado y sociedad o, si se prefiere, entre los poderes públicos y el mercado planteada en los términos que acabamos de formular.

El punto de partida puede ser, sin embargo, bien distinto si consideramos que el mercado es no sólo la sede institucional de los procesos de intercambio en el seno de una comunidad dada, sino también, en un plano bien distinto, un instrumento con un fin determinado, que no es otro que la consecución óptima de un proceso permanente de asignación de recursos a necesidades.

Las funciones que, tanto en el nivel institucional como en el finalista, competen a los poderes públicos en relación con el mercado son variadísimas.

El bienestar como resultado del proceso de asignación, en realidad de múltiples procesos de asignación en flujo continuo, antes citado es, pues, la combinación, en proporciones diferentes en cada momento, de la actuación de operadores económicos públicos y privados que actúan en el mercado; en palabras de ROSE: «La aportación pública a la combinación para el bienestar consiste en los bienes y servicios producidos por los organismos públicos o financiados con ingresos fiscales» (43).

La elección de la combinación de estos elementos es, naturalmente, una elección política. La diferencia entre la oferta pública de bienestar y la oferta privada del mismo es decisiva; mientras que la determinación de las condiciones de disfrute individual o colectivo de una unidad de satisfacción de necesidades conforme a la oferta pública se ordena por reglas diferentes del mercado, la determinación de las mismas condiciones para el mismo supuesto en oferta privada se rige exclusivamente por las reglas del mercado, al menos en el modelo ideal de funcionamiento del mismo.

La determinación de reglas de distinta naturaleza, formal y material, tiene su fundamentación en los procesos de legitimación en cada modelo de Estado; es en este sentido donde actúa como cláusula definitoria el Estado Social, proporcionándonos así una explicación satisfactoria, más allá de su sanción constitucional, del funcionamiento del conjunto del sistema.

Por último, si del plano de la legitimación política nos movemos al plano de la concreción jurídica de la norma legitimadora primaria del conjunto del sistema político-administrativo, la confrontación entre defensores de un modelo constitucionalizado de Estado Social y los impugnadores del mismo nos proporciona también una serie de cuestiones de interés; así, frente a una concepción expansiva de la cláusula general de progreso

(42) Vid., en la doctrina italiana, AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, «Quaderni Costituzionali», núm. 1, 1992, págs. 16 y ss.

(43) ROSE, *Bienestar: los componentes público y privado*, en «Hacienda Pública Española», núm. 129-2, 1994, pág. 157.

como norma de habilitación general para el establecimiento de servicios públicos, además de las específicas que puedan contenerse en la realización de derechos constitucionalmente reconocidos, se opone la exigencia de una previa autorización constitucional para la financiación de esos servicios; en otras palabras, la constitucionalización de las dimensiones, cualitativas y cuantitativas, del sector público servicial.

La práctica constitucional de construcción del Estado social durante una primera época se caracterizó por la apertura hacia procesos de publicación que no conocían límites constitucionales estrictos a la expansión de los mismos (44).

La reacción en la doctrina norteamericana en los últimos años ha exigido, de un lado, la habilitación constitucional previa de cualquier asignación de gasto y, de otro, la prohibición de actividades de producción de bienes y servicios, incluso cuando no incorporen un componente de gasto público, exceptuando los constitucionalmente previstos (45).

2.2. *El proceso de integración europea como presupuesto ideológico y como marco normativo de la privatización del sector público*

En el sistema administrativo italiano, como en el nuestro, un segundo orden causal ha venido a determinar buena parte de los procesos de privatización del sector público. La integración en una estructura como la Comunidad/Unión Europea ha jugado ese papel determinante y ello tanto desde una perspectiva estrictamente normativa como, de una forma mediata, desde una perspectiva ideológica (46).

La integración supuso automáticamente un nuevo orden constitucional económico; si bien su aplicación en el tiempo se vio diferida por los períodos transitorios. Una constitución económica que se recoge en los Tratados constitutivos, las modificaciones a los mismos y de forma singular en el Tratado de Maastricht.

No es el momento de entrar en la discusión doctrinal a propósito de la existencia o no de una auténtica Constitución europea, entendida como

(44) Así, el giro decisivo que en la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos supuso la aceptación de la política del *new deal* después de un enfrentamiento decidido entre el ejecutivo y la Corte Suprema; giro que se materializó en *USA vs. BUTLER*, 297 US, 1, 68 (1936), decisión en la que el propio Tribunal reconocía que las asignaciones de dinero público para fines públicos no encontraban más limitaciones que la naturaleza pública de los fines.

(45) Un resumen de estas tesis en NISKASEN, *El papel del Estado en la economía moderna*, en «Revista del Instituto de Estudios Económicos», núm. 1, 1992, págs. 3 y ss.

(46) Esta proyección del proceso de integración, con la creación de un «mercado único», en el proceso privatizador ha sido puesta de relieve por la propia doctrina italiana; así, CRISCI, «La politica italiana della privatizzazioni: aspetti legali», en *In Consiglio di Stato 1992*, Parte Seconda, págs. 1793 y ss.; también, CHITI, *Riforme amministrative nazionali e ordinamento comunitario*, en «Diritto ed Economia», núm. 1, 1993, págs. 17 y ss.; para una visión más compleja del proceso, vid. DUMEZ - JEUNE MAITRE, *Lo Stato e il Mercato Europeo: verso un Stato di Diritto economico*, en «Problemi di Amministrazione Pubblica», núm. 2, 1993, págs. 243 y ss.

Constitución de la Unión; lo que sí parece evidente es la existencia de una Constitución Económica Europea, o, si se prefiere, una Constitución Económica de la Unión (47).

Una constitución económica que tiene como principio institucional fundamental el mercado. El objetivo primero de la Comunidad Económica Europea era, recordémoslo, «el establecimiento de un mercado común» (art. 2.º del Tratado de Roma); así como «la progresiva aproximación de las Políticas económicas de los Estados miembros» (*ibid.*).

Los Estados miembros han de integrar, pues, en primer lugar un nuevo sistema de principios y reglas. Entre los principios ocupa un lugar privilegiado la construcción de un mercado en el sentido institucional del mismo; ello explica que entre las políticas comunitarias, en el artículo 3.º del Tratado CEE, se relacione en primer lugar el «establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el Mercado Común» (48).

Los apartados *a)* y *c)* del artículo 3.º del Tratado son de singular importancia en la configuración espacial del mercado en tanto que establecen la supresión de los obstáculos anteriores a la libre circulación de capitales, servicios, mercancías y personas. Las cuatro libertades actúan como garantía de acceso al mercado y el principio de libre competencia garantiza de forma inmediata la integridad institucional de las reglas de funcionamiento del mercado, proyectándose mediatamente sobre los operadores económicos.

Así, el principio de libre competencia no es tan sólo un instrumento al servicio de un objetivo (construir un mercado único), sino que continúa desarrollando todos sus efectos como principio y conjunto de reglas derivados de la dimensión institucional del mercado, una vez alcanzado el objetivo del mercado único (49).

El principio de libre competencia así enunciado se desarrolla en un Título del Tratado CEE que ha permanecido fundamentalmente inalterado por el Tratado de la Unión (50).

(47) Una tesis defendida, ya lo hemos señalado, por una parte importante de la doctrina italiana; así, MARZUOLI, *Mercato e valore del intervento pubblico*, en «Le Regioni», núm. 6, 1993, págs. 1594 y ss.; en el mismo sentido, entre nosotros, PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 32 y ss.; a la espera de su obra *Privatización y Estado Social*, un avance de la misma en *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, op. cit., págs. 553 y ss.

(48) Sobre la vinculación entre mercado común y política de la competencia las referencias son amplísimas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina; así, KORAH, *EEC Competition Law and Practice*, Oxford, 1990, pág. 1. La modificación de los Tratados fundacionales operada por el Tratado de la Unión, traslada al apartado *g)* del artículo 3.º el principio de libre competencia.

(49) En este sentido, FRIGNANI y WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, pág. 5; también, RITTER-BRAUN RAWLINSON, *EEC Competition Law*, Boston, 1991, págs. 3 y ss.

(50) En efecto, a salvo de las modificaciones introducidas en el artículo 92.2 al añadir un nuevo supuesto a las excepciones por categorías, las modificaciones que introduce el Tratado de Maastricht son básicamente procedimentales, referidas a la adopción por el Consejo de reglamentos y disposiciones en los términos de los artículos 94 y 99; así, el núcleo esencial de las reglas sustantivas relativas a la competencia en el mercado permanece intangible.

El Tratado dedica los artículos 85 y ss. a desarrollar, en un primer nivel, el elenco de reglas sustantivas y de procedimiento relativas a la política de la competencia; política que, como concreción del principio general antes citado, se enuncia como la primera de las recogidas por el Tratado tras el desarrollo del estatuto básico de las cuatro libertades (51).

La pregunta que hemos de responder ahora no es otra que la relación existente entre disciplina comunitaria de la competencia y procesos privatizadores en el seno de la Unión Europea.

Precisamos, sin embargo, elucidar una cuestión previa: hemos afirmado que los Tratados contienen una auténtica Constitución económica; parece necesario añadir ahora que esta Constitución Económica Comunitaria no prescribe una determinada configuración del régimen de propiedad en cada uno de los Estados miembros; así lo señala de manera explícita el artículo 222 del Tratado CEE: «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros.» Una lectura correcta del mismo sólo puede realizarse a la luz de los principios y objetivos enunciados en los artículos 2 y 3 del Tratado de Roma (en su nueva redacción) y el artículo B) del Tratado de Maastricht.

La aproximación de las políticas económicas, la cohesión económica que como objetivo se señala y la unión económica y monetaria que como fin último se persigue no parecen posibles si los sistemas económicos de los distintos Estados miembros son absolutamente disímiles. En todo caso, si bien el artículo 222 establece «la neutralidad, de principio, respecto del régimen de propiedad de las empresas» (52), el sometimiento de las empresas públicas a la normativa general de la competencia, así lo establece el artículo 90 del Tratado CEE, es la regla que permite fijar unas bases coherentes para un correcto funcionamiento del mercado, en su dimensión institucional, al que concurren operadores en mano pública y operadores privados.

Para comprender el concepto de empresa pública, a los efectos de la aplicación del artículo 90 del Tratado, debemos acudir al artículo 2.º de la Directiva 80/723, de 25 de junio (53), de acuerdo con la cual son empresas públicas «cualquier empresa sobre la cual los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en virtud de la propiedad de la misma, de su participación financiera o de las normas que la rigen» (54).

(51) Sobre la elaboración de las reglas relativas a la competencia en la formación del derecho comunitario, vid. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford, 1993, págs. 14 y ss.

(52) FRIGNANI-WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza...*, op. cit., pág. 121.

(53) Directiva modificada por Directivas 85/413, de 24 de julio, y 93/84, de 30 de septiembre.

(54) Hemos de tener en cuenta que el mismo artículo, al definir el concepto de poder público, realiza dos acotaciones importantes: de un lado, ha de entenderse comprendida dentro del mismo toda la tipología de entes territoriales y, de otro, que el control referido puede ser tanto directo como indirecto, mediante entes públicos o privados interpuestos; otra cuestión, en la que la opinión de la doctrina no es unánime, es la exigencia de personificación jurídica independiente, como elemento caracterizador de la empresa pública; así, mientras GOYDER (op. cit., pág. 453) afirma la exigencia de esa personificación, FRIGNANI-

El sometimiento de las empresas públicas a las reglas de la competencia sólo puede ser excepcionado cuando se den, de forma acumulativa, tres condiciones: *a)* la empresa pública debe tener encomendada la gestión de un servicio de interés económico general; *b)* que la aplicación de las reglas que ordenan la competencia impida de hecho o de derecho los fines que se le han encomendado; *c)* que la excepción no afecte al desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad (55).

Este sistema general se proyecta sobre la dinámica del sector público desde varias perspectivas; destaquemos dos de entre las mismas.

En primer lugar, la reserva de sectores enteros de actividad económica a la mano pública parece difícilmente cohonestable, alcanzados unos límites cuantitativos y cualitativos de imposible predeterminación, con los principios que presiden la Unión, especialmente el acceso y la competencia en un espacio económico único.

En segundo lugar, y en un plano bien distinto, la aplicación de las reglas de la competencia a las empresas públicas supone una alteración fundamental de sus estructuras de financiación tradicionales; en virtud del artículo 92.1, los Estados no podrán otorgar ayudas «bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones», si bien el mismo artículo contempla una serie de excepciones generales y un listado de categorías de excepciones posibles, además del procedimiento que ofrece para supuestos singulares y excepcionales el artículo 93.2, párrafo 3.º.

Las limitaciones impuestas a las reservas en monopolio que garantizan una *status* exclusivo en el mercado y la disciplina comunitaria del régimen de ayudas públicas reasignan a las empresas públicas, a salvo de las excepciones citadas, un lugar en el mercado: la igualdad de la iniciativa pública y privada se convierte en igualdad real.

La primera y más importante consecuencia de esta nueva situación es la falta de viabilidad económica para numerosas empresas públicas. La integración en la Comunidad imponiendo la «lógica del mercado», convertida en principios y reglas que integran diferentes normas comunitarias, actúa así en el mismo sentido que el orden causal ideológico que anteriormente hemos apuntado.

NI y WAELBROECK (*op. cit.*, pág. 123) mantienen una tesis contraria, sosteniendo una conceptualización material de la empresa pública; en el mismo sentido, PAPALLARDO, en *Commentario CEE*, OLADRI, MONACO, TRABUCCII, Milano, 1965, pág. 684; la segunda de las tesis enfrentadas cuenta a su favor con la doctrina emanada del propio TJCE; así, en su Sentencia de 30 de abril de 1974.

(55) Para la interpretación de algunos de estos principios en la reciente jurisprudencia del TJCE, vid. JIMÉNEZ BLANCO, *Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, «REDA», núm. 84, 1994, págs. 589 y ss.; el término servicio público tomó carta de naturaleza en el ámbito comunitario en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo con fecha de 13 de diciembre de 1990; vid. al respecto RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, en «Diritto Amministrativo», núm. 4, 1993, págs. 563 y ss., si bien, como RAMAJOLI señala, la caracterización del contrato de concesión de servicio público queda profundamente alterada en la conceptualización que del mismo realiza la propuesta de Directiva.

3. LA DINÁMICA DEL PROCESO PRIVATIZADOR

La primera pregunta al enfrentarnos al proceso privatizador ha de referirse, naturalmente, al objeto y naturaleza del mismo; como señalábamos en las primeras líneas de este estudio, la polisemia del término privatización es extremadamente acusada; reduciendo el campo de análisis a la empresa pública en el sistema administrativo italiano, SCHLESINGER distingue hasta tres significados distintos del término:

- a) Transformación de los entes de derecho público en sociedades por acciones.
- b) Incorporación de capital en mano privada a las estructuras de propiedad de un ente en mano pública; aunque esta aportación sea minoritaria, incorpora inmediatamente la cultura empresarial, y no sólo la estructura formal, a la empresa pública.
- c) La transferencia del control de la propiedad de manos públicas a manos privadas (56).

Estos tres significados y los procesos que definen no sólo no son contradictorios sino que, en ocasiones, son necesariamente complementarios; así, la transformación de los entes públicos económicos en sociedades se nos presenta en algunos supuestos como una condición necesaria para cualquiera de los dos procesos subsiguientes.

Procede ahora examinar cuáles han sido hasta el momento los hitos más notables en el plano normativo e institucional del proceso privatizador.

3.1. *Las bases normativas del proceso privatizador*

Hemos afirmado anteriormente que el proceso privatizador del sector público italiano se está produciendo de forma espasmódica. Esta afirmación, cierta en una visión general del proceso, ha de matizarse en razón de la dinámica institucional de la «I República», en la que ha sido práctica habitual la utilización intensa del Decreto-Ley como instrumento normativo, sin que el Parlamento pudiera atender, incluso en el plano fáctico, a los procedimientos de conversión en Ley que se contemplan en el artículo 77 de la Constitución (57). La imposibilidad de atender estas demandas explica, en parte, la reiteración de Decretos-Leyes con idéntico contenido normativo.

Los procesos privatizadores en el sector crediticio han sido objeto de

(56) SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, en «Rivista della Società», núm. 1, 1992, págs. 127 y 128.

(57) Para el régimen normativo infraconstitucional del Decreto-Ley, vid. Ley 400/1988, de 23 de agosto, artículo 15.

una disciplina singular que obliga a un examen individualizado de los mismos, en el que no podemos detenernos.

Las bases del proceso privatizador se encuentran, sin duda, en dos textos normativos: por un lado, el DL 386/1991, de 5 de diciembre, conv. Ley núm. 35, de 29 de enero de 1992, y, por otro, el DL 333/1992, de 11 de julio, conv. Ley núm. 359, de 8 de agosto de 1992.

La finalidad última de ambos textos es la misma: la privatización formal de los entes públicos y su posterior transferencia a manos privadas. Los procedimientos previstos son, sin embargo, no sólo diferentes sino también contradictorios y, si bien el artículo 20 del DL 333/1992 contiene sólo una cláusula derogatoria de alcance general, no derogando expresamente las disposiciones del DL 386/1991 contrarias al mismo, la incompatibilidad entre ambos procedimientos es tan evidente que hemos de entender el primero derogado, al menos en lo que se refiere a algunos de los contenidos procedimentales que examinaremos inmediatamente (58).

El DL 386/1991 merece nuestra atención por ser la primera norma en abordar la disciplina de los procesos privatizadores de alcance general (59); recuérdese la reserva que hemos señalado anteriormente respecto de la privatización del sector crediticio en mano pública, que toma su fundamento en la Ley núm. 218, de 30 de julio de 1990.

El objeto del DL 386/1991 no es otro que una autorización general del Parlamento para proceder a la conversión en sociedades por acciones de los entes de gestión de las participaciones estatales y de los restantes entes públicos económicos, incluidas las denominadas *aziende autonome statali* (organismos autónomos de carácter industrial, comercial o financiero); nótese que el proceso abarca tanto a empresas públicas, en su concepto más amplio de producción de bienes y servicios, como a entes cuya finalidad es la gestión de las participaciones públicas en empresas, así como a entes con una naturaleza material de empresa pública pero con una estructura formal bien alejada de las sociedades bajo forma de derecho privado. El sector público regional queda expresamente excluido del ámbito de aplicación de este DL.

El DL 386/1991 autoriza, asimismo, la enajenación a manos privadas de las participaciones resultantes de los procesos de transformación citados (art. 1.9). La autorización para la enajenación no se limita a las participaciones en empresas, ya sean éstas íntegra, mayoritaria o minoritariamente participadas por la mano pública; el artículo 2 del DL 386/1991 contempla igualmente la transferencia a manos privadas de los bienes patrimoniales del Estado susceptibles de gestión económica; este último aspecto del proceso privatizador no será, sin embargo, objeto de análisis, a salvo de la posible implicación en algunos casos de empresas que integran el sector público.

(58) Así lo entiende al menos el *Informe 57/I del Servizio Studi Camera dei deputati Documento Del Ministro del Tesoro sul riordino delle partecipazioni pubbliche e sullo stato della privatizzazioni XI Legislatura*, abril 1993, pág. 9.

(59) El DL núm. 309/1991, de 3 de octubre, de contenido análogo al DL que nos ocupa, no fue convertido en ley por vencimiento de los plazos constitucionalmente establecidos.

El DL 386/1991 contiene también, por último, un procedimiento para realizar las transformaciones reseñadas, así como unos mecanismos de garantía tanto de transparencia de los procesos como del resultado final, contemplando la participación en dichos procedimientos de buen número de órganos.

La transformación de los entes de gestión y de los entes públicos económicos en sociedades por acciones debía realizarse, según el DL 386/1991, a propuesta del Ministro del Presupuesto y de la programación económica, de acuerdo con los Ministros competentes y de acuerdo asimismo con las orientaciones de política económica e industrial decididas por la CIPE; participaban, además, en el procedimiento de privatización formal el Ministro del Tesoro y los Ministros competentes en razón de la materia. La resolución final del proceso de privatización formal se aprobaba como Decreto del Ministro del Presupuesto.

El proceso de privatización no se agotaba en este nivel; la privatización sustantiva (la transferencia a mano privada de una parte o la totalidad de las cuotas de propiedad de los entes formalmente privatizados) exigía, en el supuesto de que la transferencia a manos privadas implicara la pérdida de control mayoritario, directo o indirecto, sobre la sociedad, el acuerdo previo del Consejo de Ministros y la conformidad, previa deliberación, de las dos Cámaras; a *sensu contrario*, hemos de entender que dicha autorización no era necesaria en los supuestos de venta de las participaciones estatales que no implicaran la pérdida de control de las estructuras societarias (60); en ambos casos era, sin embargo, preceptiva la deliberación previa de la CIPE.

Por último, el DL 386/1991 contiene dos importantes preceptos de naturaleza bien distinta. En primer lugar, la sucesión en la totalidad de las relaciones jurídicas del nuevo ente societario respecto del ente público anterior; ello implicaba una sucesión en un *status* que podía permitir un control externo de la actividad empresarial; piénsese que en los supuestos de entes públicos de gestión de servicios públicos la mutación en la personificación del ente gestor, o incluso la transferencia a mano privada del accionariado de la sociedad, no supone la despublicación de la actividad pero tampoco impone la exclusión del gestor privado, sino que, por el contrario, la adquisición de un *status* jurídico-público, como por ejemplo la de titular de una autorización, será una posible consecuencia del proceso privatizador, a salvo de que el proceso privatizador se traslade a todos los niveles implicando una despublicación de tal alcance que la actividad sectorial de referencia quede ausente de regulación alguna, supuesto hoy en día realmente difícil de concebir.

En segundo lugar, el DL 386/1991 toma en consideración, si bien tan sólo a nivel de principio ordenador del proceso, los peligros para el mercado, en concreto para la competencia dentro del mismo, que pueden deri-

(60) Las Cámaras, en todo caso, debían ser informadas, de acuerdo con el artículo 1.16 y 17 del DL que nos ocupa, de todos los procesos de privatización formal periódicamente.

varse de la concentración o de la adquisición de posiciones de dominio en el mercado, como consecuencia del proceso privatizador (61).

El DL 333/1992, de 11 de julio, conv. en Ley núm. 359, de 8 de agosto de 1992, contiene disposiciones de naturaleza bien distinta en relación con el procedimiento a las recogidas en el DL 386/1991; sin embargo, respecto de otros contenidos normativos no sólo la congruencia sino la continuidad entre ambos textos normativos es plena; así, a título de ejemplo, la sucesión en el *status* jurídico entre ente público y la correspondiente sociedad encuentra en el artículo 14 del DL 333/1992 una concreción técnica acudiendo al instituto concesional.

Para una comprensión correcta del DL 333/1992 hemos de atender a su contextualización; la citada norma no tiene por único objeto los procesos de privatización, sino que las disposiciones con dicho contenido se integran en un conjunto de «Medidas urgentes para el resaneamiento de las finanzas públicas», que es el título que recibe la citada norma.

Las diferencias más importantes son, sin embargo, de orden sustantivo y procedimental; respecto de las primeras destacar cómo el propio DL 333/1992 contiene el mandato de transformación del IRI, del ENI y del ENEL en sociedades por acciones (62); la mutación en la forma de personificación de estos tres entes públicos tiene una trascendencia extraordinaria teniendo en cuenta que el primero de ellos aglutinaba buena parte de la gestión del accionariado estatal en distintas empresas públicas; otro tanto sucedía con el ENI, que si bien estaba sectorialmente limitado en su norma fundacional había visto ampliado su campo de actuación en sucesivas disposiciones, de forma significativa en la Ley núm. 1153/1967, de 14 de noviembre; la situación del ENEL era bien distinta pues, en primer lugar, su carácter monosectorial era indubitado y, en segundo lugar, el ENEL tenía encomendadas funciones de gestión vinculadas a «una disponibilidad de energía eléctrica adecuada por calidad y precio a las exigencias de un desarrollo del país» (63).

(61) Vid. artículo 1.11; ha de tenerse en cuenta que la disciplina general de la competencia en el mercado era, en esas fechas, uno de los retos pendientes del ordenamiento público italiano; piénsese que la Ley núm. 287/1990, de 10 de octubre, había sido aprobada tan sólo un año antes, siendo dicha Ley la norma basilar del sistema de disciplina de la competencia.

(62) Mandato que se concreta en los apartados 1, en el que se contiene el mismo, y 5, de acuerdo con el cual la publicación del DL satisface las previsiones legales en materia de constitución de sociedades.

(63) Ley núm. 1643/1962, de 6 de diciembre, artículo 1; una función de servicio público en régimen de monopolio, un monopolio que había sido objeto de sucesivas derogaciones singulares, si bien éstas tenían carácter excepcional frente a la regla general; la Ley núm. 9/1991, de 9 de enero, y la Ley núm. 10/1991, igualmente de 9 de enero de 1991 (art. 7), contenían ya transformaciones del monopolio público de la actividad de producción y distribución de energía eléctrica de un cierto calado que tenían como objetivo, en palabras de CAIA, «eliminar los elementos de rigidez que presidían anteriormente el sector eléctrico», en su estudio «Privatizzazione dell'ENEL e disciplina giuridica del settore elettrico», en *Rassegna Giuridica Energia Elettrica*, 1993, pág. 541; transformaciones que tomaban causa no sólo de una política nacional en el sector eléctrico sino también, y sobredeterminada a la misma, de políticas comunitarias sectoriales, de forma notable aunque parcial, la Directiva núm. 90/547, de 29 de octubre.

La privatización del ENEL es paradigmática del doble nivel de procesos al que hemos hecho referencia anteriormente, apertura a la iniciativa privada del servicio, aunque limitada al otorgamiento de título administrativo, y privatización formal del ente gestor. Privatización formal que incorpora una exigencia de tipo técnico cual es la sucesión en la gestión mediante la asunción por parte de la sociedad del *status* concesional; así lo establece el artículo 14.1 del DL 333/1992, con carácter general (64).

La privatización material del ENEL, como la de otros entes gestores de servicios públicos nacionalizados en régimen de monopolio, presenta un problema constitucional digno de tener en cuenta; toda vez que el presupuesto de la reserva a partir de la cual opera la nacionalización es la realización de un fin de interés general que bajo un régimen de iniciativa privada parece de difícil satisfacción ante el riesgo de un monopolio privado, si la naturaleza de la actividad no ha sufrido una transformación relevante desde el punto de vista tecnológico, económico o social, la identidad en la causa que legitimó en su día el proceso de nacionalización resta inalterada y pudiera llevar a cuestionar bien la legitimidad del proceso de nacionalización, bien la legitimidad del proceso de privatización material al que ahora podemos asistir (65).

Junto a estos tres entes, el DL núm. 333/1992 establece la privatización formal de un ente bien distinto, el INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni), el primero, cronológicamente, de los entes que integraron históricamente el sector público en el sistema administrativo italiano. El INA, a diferencia del IRI, no era, al menos en el objeto principal de su actividad, un ente de gestión de participaciones públicas, ni disfrutaba, como el ENEL o el ENI, de una reserva monopolística de actividades y/o categorías de bienes afectados a la realización del interés general. El INA era un ente público económico que ejercía una actividad de contenido económico en concurrencia con otras empresas, en este caso privadas, en el sector seguros. No estamos, pues, en presencia de un ente gestor de servicios, ni de un ente vocacionalmente gestor de un *holding* de empresas públicas; estamos en presencia de una empresa pública, bajo forma de ente público, que concurre en un mercado, aunque sujeto a una intensa disciplina, abierto (66).

El conjunto de títulos accionariales que genera el proceso de privatiza-

(64) Respecto del contenido del proceso de privatización del ENEL, vid. GENTILE, «La trasformazione dell'ENEL in società per azioni», en *Rassegna Giuridica Energia Elettrica*, 1993, pág. 882; GENTILE es, sin embargo, crítico respecto de la eficacia privatizadora en términos materiales del DL núm. 333.

(65) GENTILE, *op. ult. cit.*, pág. 896.

(66) La descripción del INA ha de ser, naturalmente, matizada; en primer lugar, respecto del objeto de su actividad, que, como no podía ser de otro modo, se extendió con posterioridad al momento fundacional a otras actividades en el conjunto del sistema financiero; en segundo lugar la competencia en el mercado sectorial de seguros venta modulada por la obligación que tenían las empresas aseguradoras privadas de reasegurar en el INA un porcentaje de su riesgo; por último, si bien el INA no ejercía, ya lo hemos señalado, una actividad servicial, la función de garante de un interés social digno de protección explicaba sobradamente esa obligación de reaseguramiento que actuaba como una carga frente a las empresas privadas competidoras.

ción formal es atribuido por el DL núm. 333/1992, en el texto modificado de la Ley de conversión núm. 359/1992, de 8 de agosto, al Ministerio del Tesoro. El Ministro del Tesoro ejerce los derechos inherentes a dichos títulos, derechos sobre los que luego nos detendremos, bajo la dirección del Presidente del Consejo y de acuerdo con los Ministros del Presupuesto y de Industria.

3.2. *La transferencia a manos privadas*

El DL núm. 333/1992 no sólo procede directamente a la privatización formal del conjunto de entes públicos citados, sino que además establece las bases de un procedimiento, ciertamente complejo, para su privatización material, un procedimiento que tiene su primer desarrollo en el DL núm. 389/1993, de 27 de septiembre, seguido de los DL núm. 486/1993, de 29 de noviembre; DL núm. 75/1994, de 31 de enero; DL núm. 216/1994, de 31 de marzo, y el último el DL núm. 332/1994, de 31 de mayo, conv. en Ley núm. 474/1994, de 30 de julio, y que exige la participación del Parlamento, en sede de las comisiones correspondientes, en los supuestos de sociedades públicas que bien operen en «sectores estratégicos», desde un punto de vista económico, político o social (defensa, transportes, telecomunicaciones, fuentes de energía), bien gestionen servicios públicos (67).

El sistema de enajenación del accionariado en mano pública es ciertamente abierto; la transferencia del mismo puede seguir la vía bien de la oferta pública de venta, disciplinada en la Ley núm. 149/1992, de 18 de febrero, bien mediante acuerdos directos con los potenciales adquirentes, bien mediante el recurso simultáneo a ambas; la función del mercado accionarial no es en absoluto despreciable si nos atenemos a algunas de las resoluciones de la CIPE que fijan las directivas para el procedimiento concreto de enajenación; así, el acuerdo de 30 de diciembre de 1992, que introduce además una nueva modalidad como es la subasta pública, con eventual preselección de los participantes, con el fin de asegurar la formación de un núcleo estable de accionistas de referencia (68).

En los procesos tanto de valoración de los activos empresariales como de colocación en el mercado de las cuotas de participación en mano pública, así como en el conjunto de actividades de gestión técnica, no natural-

(67) La no conversión en ley por vencimiento del plazo constitucionalmente previsto ha obligado, como ya señalábamos anteriormente, a reiterar análogos contenidos normativos en distintos textos.

(68) La elección del sistema de enajenación se realiza por Decreto del Presidente del Consejo a propuesta del Ministro del Tesoro, previo acuerdo con los Ministros de Industria, de Comercio y del Presupuesto, y deliberación de la CIPE. Los efectos sobre los mercados financieros y, en concreto, la Bolsa se examinan brevemente en BERLANDA, *Il ruolo della Borsa nel processo di privatizzazione delle partecipazioni statali*, en «Diritto dell'Economia», núm. 1, 1993, págs. 51 y ss.; a propósito de la funcionalidad de los llamados comúnmente «núcleos estables de accionistas», con referencia también al ordenamiento francés, vid. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, en «Rivista della Società», núm. 3, 1994, especialmente págs. 396 y ss.

mente en la decisión misma de la enajenación, el Ministro del Tesoro podrá ser asesorado o utilizar los servicios de sociedades privadas y profesionales de probada experiencia; las posibilidades que en este sentido se abrían en las Directivas del Presidente del Consejo de 30 de junio de 1993 (GU núm. 155, de 5 de julio) y 15 de octubre del mismo año (GU núm. 281, de 30 de noviembre) obtuvieron un sanción normativa del mayor rango en la Ley de conversión núm. 474/1994, de 30 de julio, conversión del DL núm. 332/1994.

La transferencia del accionariado mediante acuerdos entre el Ministro del Tesoro, con Decreto del Presidente del Consejo, y adquirentes singulares de las participaciones accionariales en mano pública, o el sistema de subastas con participantes preseleccionados, pretende garantizar la continuidad de la empresa no convirtiendo el proceso privatizador, en el segundo nivel, tan sólo en un instrumento que permita aliviar los desequilibrios de las arcas públicas, sino también en una búsqueda real y efectiva de un mejor gestor. Todo ello explica, en primer lugar, el ofrecimiento de las participaciones a concretos adquirentes y, en segundo lugar, la petición a los mismos de que realicen ofertas que integren lo que comúnmente conocemos como planes de viabilidad (inversiones previstas, estrategias de mercado y producción, previsiones sobre estructuras de costes, especialmente del factor trabajo).

La estabilidad y continuidad de la empresa pretende garantizarse también con la posibilidad que ofrece el artículo 1.3 *in fine* del DL 332/1994, de 31 de mayo, de incluir en el contrato de cesión del capital público de prohibiciones al particular de enajenación de las participaciones adquiridas o de enajenación de la empresa. La búsqueda de esta estabilidad puede explicar también que el DL 332/1994 contemple la posibilidad de integrar en el «núcleo estable» de adquirentes al Ministro del Tesoro, conservándose así una estructura mixta de propiedad después de la privatización formal de la estructura empresarial.

La transferencia a mano privada de la propiedad o de cuotas de propiedad de empresas públicas se pretende realizar sin que ello implique una pérdida de control por parte de los poderes públicos en los supuestos en los que las sociedades cuyas participaciones se enajenan tengan encomendada la gestión de servicios públicos o bien operen en los ya citados «sectores estratégicos».

El DL 332/1994 establece unos mecanismos de garantía de ese control público, mecanismos de garantía que se desarrollan en dos planos bien distintos. Por un lado, un control externo mediante la subordinación de los procesos de transferencia que nos ocupan a la creación de organismos independientes que determinen las tarifas y controlen la calidad de los servicios; lo que implica una generación de estructuras organizativas cuyo modelo, por definir en cada caso, pudiera ser el de las autoridades administrativas independientes, a la que dedicaremos nuestra atención inmediatamente. Pero junto a este control externo específico, y a los que se derivan de la ordenación pública general del sector de actividad donde opere la empresa privatizada, el DL que nos ocupa contempla mecanismos internos

de control; son éstos los llamados poderes especiales, poderes que se atribuyen al Ministro del Tesoro, como titular de las participaciones accionariales, y que han de introducirse, uno o más de ellos, mediante cláusula acordada en asamblea extraordinaria de la sociedad, previamente a cualquier acto que determine la pérdida de control directo o indirecto en razón de la propiedad de cuotas de participación.

Los poderes especiales citados pueden agruparse en cuatro categorías:

a) La exigencia de conformidad expresa por parte del Ministro del Tesoro respecto de actos de disposición sobre cuotas de participación relevantes, entendiéndose por tales aquellas que representen al menos el cinco por ciento del capital; suspendiéndose el ejercicio de los derechos políticos inherentes al paquete accionarial transferido hasta el momento de obtener la conformidad y, si ésta no se otorgase, el cesionario deberá ceder sus acciones en el plazo máximo de un año.

b) La exigencia de conformidad expresa, como condición de validez, de pactos o acuerdos entre socios que impliquen la sindicación de derechos políticos inherentes a un conjunto de participaciones accionariales que representen al menos el cinco por ciento del capital.

c) Facultad de vetar la adopción de acuerdos de disolución de la sociedad, de transferencia del capital, de escisión, de transferencia de la sede social al extranjero, de cambio del objeto social o *de modificación de los estatutos que supriman o modifiquen alguno de los poderes especiales reconocidos a favor de la mano pública*.

d) Facultad de nombramiento de por lo menos un administrador o de un número de administradores no superior a la cuarta parte de los mismos.

El conjunto de derechos especiales que permiten mantener un control interno sobre las estructuras de propiedad y sobre la política estratégica de la empresa, después de haber perdido el control de las cuotas de propiedad que permiten normalmente tales facultades, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina (69).

Este control se ve reforzado al contemplar el DL la posibilidad de limitar los niveles de control del accionariado, de forma directa o indirecta, por particulares respecto de las empresas privatizadas que operan en los sectores estratégicos, gestionan servicios públicos o bien operan en el sector financiero (tanto entidades crediticias como de seguros); este límite se fija en el cinco por ciento, y la superación de dicho límite se sanciona con la pérdida de los derechos de voto correspondientes al conjunto de participaciones por encima del límite fijado. El objetivo de tales disposiciones no

(69) Se ha establecido, además, una conexión con un problema que luego examinaremos brevemente, cual es el control por la Corte dei Conti de las empresas públicas privatizadas; sobre estas cuestiones, recientemente, MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, en «Rivista della Società», núm. 4, 1994, págs. 740 y ss., especialmente pág. 746.

es otro que establecer respecto de determinadas categorías de empresas, anteriormente en mano pública, una disciplina de la concentración específica, de acuerdo con la necesidad de satisfacer un fin de interés general de mayor concreción que la defensa de la competencia en el mercado.

4. LAS TRANSFORMACIONES EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS

Un proceso como el que nos ocupa no podía dejar de proyectarse sobre el conjunto del aparato administrativo, así como sobre las competencias de algunos de los órganos constitucionales.

La afectación de las competencias de órganos constitucionales es digna de tener en cuenta respecto de la problemática que plantea, a un nivel de mayor alcance, la «huida del derecho público». El problema concreto que en el ordenamiento italiano se plantea es el control por la Corte dei Conti de las Spa, producto formal del proceso privatizador, de forma singular el control respecto del IRI, ENI, INA y ENEL.

El estatuto constitucional atribuido, *ex artículo* 100, a la Corte dei Conti integra entre sus funciones el control, en los términos establecidos por las leyes, «sobre la gestión financiera de los entes a los que contribuye (económicamente) el Estado en vía ordinaria» (70).

Pues bien, el Ministro del Tesoro, mediante una comunicación de 15 de septiembre de 1992, y el Presidente del Consejo, por una comunicación del 10 de agosto de 1992, entendían que las competencias de control que la Corte dei Conti ejercía sobre el IRI y otros entes públicos económicos, especialmente de gestión de participaciones accionariales, no se extendía a los mismos entes una vez concluido el proceso de privatización formal de los mismos mediante su conversión, *ex lege*, en Spa (71).

La Corte dei Conti planteó, frente a la pretensión de sustraer de su ámbito material de competencias el control de estos entes, conflicto de atribuciones ante la Corte Constitucional.

La reivindicación de las funciones que anteriormente tenía atribuidas, de forma notable las de control interno, se fundan por parte de la Corte dei

(70) Para un primer estudio del marco constitucional y del alcance de esta función de control, vid. GUARINO, «Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici e controllo della Corte dei Conti», en *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, 1962, págs. 189 y ss., sosteniendo la tesis de la exclusión del control cuando éste se ejerce sobre un ente cuyo capital fundacional es público pero la actividad ordinaria del mismo permite la autofinanciación. Sobre la articulación de este control conviene retener que las facultades y funciones reconducibles al mismo se realizaban no sólo mediante procedimientos externos, sino también mediante la asistencia de un magistrado de la Corte a las sesiones de los órganos de administración de los entes.

(71) La primera manifestación de esta sustracción de competencias se encuentra, formalmente reflejada, en la comunicación del 10 de agosto del Presidente del Consejo, como respuesta a una reclamación planteada por el Presidente de la Corte dei Conti ante la ausencia de una convocatoria a los magistrados para participar en las asambleas del IRI, ENEL, etc., a celebrar los días 6 y 7 de agosto, en las que deberían aprobarse los Estatutos de las respectivas Spas, así como proceder a la elección de los miembros de los órganos de dirección.

Conti en la absoluta falta de adecuación a las estructuras formales de las personificaciones jurídico-privadas, que el Codice Civile contempla, de los entes societarios que nos ocupan; siendo esto una conclusión lógica no sólo de su calificación, por las mismas normas que las privatizan, de «sociedades de derecho especial», sino también de las estructuras genéticas, funcionales y de relación con el interés general que enmarcan estos entes societarios; a lo que añade los «derechos especiales» que contempla la normativa (72) en relación con la culminación de los procesos de privatización sustantiva de los entes públicos económicos.

La oposición de la Abogacía del Estado se fundamentaba básicamente en la existencia de un control externo por parte de la Corte dei Conti, al ejercitarlo sobre la Cuenta General del Patrimonio del Estado.

La doctrina de la Corte Constitucional, en su Sentencia 466, de 28 de diciembre de 1993, viene a asumir el *petitum* y buena parte de la fundamentación de la demanda de la Corte dei Conti, entendiendo al respecto que «la simple transformación de los entes públicos económicos relacionados en el artículo 15 de la Ley núm. 359/1992, no puede ser motivo suficiente para determinar la extinción del control previsto en el artículo 12 de la Ley núm. 259/1958, siempre que permanezca inalterada en su esencia la aportación del Estado a la estructura económica de los nuevos sujetos, es decir, mientras que el Estado disponga de la gestión económica de la nueva sociedad mediante una participación exclusiva o prevalente del accionariado de la misma»; en otras palabras, sólo el proceso de privatización sustantivo con la transferencia a manos privadas de la titularidad del accionariado mayoritario de las empresas privatizadas podrá legitimar la extinción de las relaciones de control constitucionalmente atribuidas a la Corte dei Conti.

Las transformaciones a nivel organizativo se proyectan también en otros niveles bien distintos; así, la desaparición de estructuras administrativas como el Ministerio para las Participaciones Estatales, DL núm. 118/1993, de 23 de abril, conv. en Ley núm. 202/1993, de 23 de junio, siendo transferidas sus funciones de consulta en los procesos de privatización a otros Ministerios y a la propia Presidencia del Consejo; así también la asunción de nuevas competencias por parte de algunas autoridades administrativas independientes, especialmente la CONSOB, que van a desarrollar funciones de gran trascendencia en el marco de los procesos de privatización.

Pero el impacto mayor sobre la estructura organizativa viene dado por la exigencia misma de unos procesos de ordenación de sectores enteros de la actividad económica donde con anterioridad la presencia de los poderes públicos tenía otras formas de articulación.

En efecto, la conclusión final de los procesos de privatización es no sólo una nueva estructura de la propiedad de un conjunto de empresas, sino también una nueva forma de actuar de los poderes públicos; recuperamos para finalizar el hilo argumental del discurso con el que abríamos estas páginas.

(72) En ese momento, el acuerdo de la CIPE de 30 de diciembre de 1992.

Los poderes públicos no se «retiran» del mercado sino que, por el contrario, lo que nos encontramos es ante unas nuevas formas de actuación y unas nuevas estructuras orgánicas como soporte sustantivo de esas nuevas formas de actuación; así, frente a la titularidad de una actividad o a la intervención como operador económico en un sector del mercado, se impone ahora una actividad pública de ordenación de la iniciativa de los particulares; pero una actividad de ordenación que se estructura, en buena parte de los casos con unos altos niveles de independencia frente a los titulares del poder político; nacen así las autoridades administrativas independientes; menor presencia de la mano pública como operadora en el mercado, menor nivel de dirección política de los procesos económicos sectoriales, pero no menor nivel de presencia de los poderes públicos, pues estas autoridades administrativas independientes también son poderes públicos, administraciones públicas (73).

La búsqueda de nuevas estructuras organizativas dotadas de independencia respecto de los titulares del poder político puede encontrar su razón de ser en el mercado; el mercado, en una lectura opuesta al Estado Social, reclama autonomía respecto de los poderes políticos y entiende que esa autonomía impone modelos de ordenación del mismo, en especial respecto de la disciplina de la competencia en la totalidad y las operaciones en el mercado sectorial financiero, en los que las estructuras de autoridad no se encuentren mediatizadas por el poder político.

Un elemento hemos de reincorporar al análisis para concluir estas páginas. La transferencia de poderes de decisión sobre importantes elementos de la política económica operada por la incorporación a la CEE ha supuesto para los Estados miembros, naturalmente también para Italia, una pérdida de poderes de dirección sobre ámbitos cuantitativa y cualitativamente relevantes de políticas económicas sectoriales, en algunos casos de naturaleza horizontal. La aparición en el ordenamiento administrativo italiano, así como en otros sistemas administrativos, de autoridades como las que nos ocupan encuentra así una plena coherencia; el mercado lo exige

(73) Sobre la naturaleza y los problemas de constitucionalidad de las autoridades administrativas independientes ya nos hemos pronunciado; vid. GARCÍA LLOVET, *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho*, en el núm. 131 de esta REVISTA, 1993, págs. 61 y ss.; con anterioridad, PARADA VÁZQUEZ en el capítulo así titulado de su *Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1992, págs. 250 y ss.; con posterioridad, BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones Independientes*, Madrid, 1994; POMED SÁNCHEZ, *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes*, en el núm. 132 de esta REVISTA, 1993, págs. 117 y ss.; para una visión general de las administraciones independientes en el sistema administrativo italiano, vid. GARCÍA LLOVET, *op. cit.*, págs. 87 y ss., especialmente la orientación bibliográfica general y sectorial, una relación a la que hemos de añadir ahora varias aportaciones posteriores; así, para una visión general, *Mercati e Amministrazioni Indipendenti* (obra colectiva a cargo de BASSI y MERUSI), Milán, 1993, con dos estudios de IRELLI y MERUSI sobre la problemática general de entes de esta naturaleza y una serie de estudios sectoriales sobre cada una de las administraciones independientes; de naturaleza sectorial y con especial interés en nuestro caso por las funciones que puede desarrollar en los procesos de privatización, vid. CARDI y VALENTINO, *L'Istituzione CONSOB*, Milano, 1993; también, MARZONA, *Gli organi di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria*, en «Banca e Borsa», núm. 2, 1994, págs. 154 y ss.

desde unas estructuras ideológicas y la Comunidad/Unión lo impone; naturalmente, no nos referimos en este segundo nivel a una exigencia formal, sino estructural; ambos procesos, una vez más, están profundamente imbricados (74).

El círculo viene así a cerrarse, la privatización encuentra su fundamentación ideológica y un orden causal externo, reflejo de ese sistema, en las mismas fuentes donde residen las causas últimas de la nueva generación de entes de ordenación económica.

(74) Vid. para una primera aproximación, aunque limitada, a una lectura de estos procesos en concordancia con la tesis que sostenemos, MERUSI, «Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti», en *Mercati e amministrazioni indipendenti*, op. cit., especialmente págs. 159 y ss.; también, MASSERA, *Il ruolo della amministrazione allá luce dell'Atto Unico Europeo*, en «RTDP», 1991, págs. 782 y ss., especialmente pág. 794; incluso la propia existencia de alguna de las autoridades administrativas independientes viene impuesta por la necesidad de articular políticas comunitarias; así, respecto de la *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vid. al respecto CLARICH, «Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», en *Mercati e amministrazioni indipendenti*, op. cit., págs. 114 y ss.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

