



FUNDACION BBV

¿PRIVATIZAR EL ESTADO?
Un retroceso en el camino de la Historia
ó
la antítesis del Estado de Derecho

Gaspar Ariño Ortiz
con la colaboración de
Lucía López de Castro

Mayo, 1994

ECONOMIA PUBLICA

¿PRIVATIZAR EL ESTADO?
Un retroceso en el camino de la Historia
ó
la antítesis del Estado de Derecho

Gaspar Ariño Ortiz
con la colaboración de
Lucía López de Castro

Mayo, 1994

Centro de Estudios sobre Economía Pública

Director: **José Manuel González-Páramo**, catedrático de Hacienda Pública y Sistema Fiscal, de la Universidad Complutense de Madrid.

El texto que aparece en este Cuaderno ha sido escrito por especialistas. Las opiniones expuestas por sus autores no son necesariamente las de la Fundación BBV.

© DOCUMENTA
Centro de Publicaciones
de la Funcación Banco Bilbao Vizcaya

D.L.: BI-1071-94

GASPAR ARIÑO ORTIZ

Nace en Valencia en 1936. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y Doctor por la Complutense de Madrid. Becario de la ONU, de la Fundación Ford, de la Comisión Conjunta de España-USA y de la Fulbrighth Comission. Amplía estudios en París, Ministerio de Economía y Finanzas e Instituto Internacional de Administración Pública; en Washington, Brookings Institution; y en California, Rand Corporation. Ha sido Director Adjunto del Instituto de Estudios Administrativos, catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de La Laguna, Barcelona, Valladolid y Autónoma de Madrid. Abogado en ejercicio de los ilustres Colegios de Madrid y Valencia, autor de numerosos libros y artículos sobre materias jurídicas, y colaborador habitual en los últimos años del diario ABC. Por sus trabajos periodísticos recibió en 1986 el Premio Luca de Tena.

LUCIA LOPEZ DE CASTRO es Licenciada en Derecho y Empresariales. ICADE. Master of Laws. Universidad de Michigan (Ann Arbor).

Los Centros Permanentes de Reflexión de la Fundación Banco Bilbao Vizcaya abordan, desde una perspectiva multidisciplinar, áreas específicas de actualidad. En cada una de estas áreas se incluyen proyectos de investigación propios, a partir de los cuales se desarrolla una actividad de encuentros periódicos, generalmente en la modalidad de seminarios y conferencias anuales.

Aspiran estos Centros a que la sociedad vea en ellos líneas maestras de calidad, en los estudios y debates de los temas encuadrados dentro de cada área.

La Fundación Banco Bilbao Vizcaya pretende ofrecer, con el Centro de Estudios sobre Economía Pública, un punto de referencia en el estudio, la reflexión y el debate sobre la actividad del sector público español y las alternativas disponibles para mejorar el diseño de la política pública en sus aspectos fundamentales: fiscalidad, gasto y endeudamiento públicos, regulación económica, gestión pública y descentralización, etc.

RESUMEN⁽¹⁾

Asistimos, en los últimos años a un sorprendente proceso de privatización del Estado. Sobre la base de una búsqueda de "eficacia" (palabra mágica), se abandonan las formas que han presidido siempre la actuación de las Administraciones Públicas, se busca la asimilación de la empresa pública a la empresa privada, se suprimen los controles, se laboraliza la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado como si éste fuera propiedad de los gobernantes. Esta privatización del Estado se lleva a cabo mediante la actuación a través de Entes Públicos que someten su actividad al derecho privado o que actúan bajo unas devaluadas reglas de derecho público. El resultado es un régimen jurídico progresivamente relajado, en el que se sacrifica cualquier garantía de objetividad, legalidad, igualdad y, en definitiva, justicia.

En tales condiciones, es muy difícil que, en su actuación, tales entidades se mantengan íntegras y, a la larga, tampoco eficientes. La historia y la ciencia política demuestran que la progresiva discrecionalidad en el ejercicio del poder que todo ello comporta y la libre disposición de los fondos públicos, entrañan gravísimos riesgos, tanto para las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, como para el cuidado y buen orden de la res pública, con peligro de malversación, despilfarro y corrupción.

No se plantea sólo la preocupación doctrinal de que el "nuevo" Derecho administrativo acabe con las conquistas jurídicas del pasado, lo que sería ciertamente triste sino un problema todavía más acuciante: que la "huida al Derecho privado" *acabe con nuestros bolsillos*. Porque lejos de ser más eficiente, la nueva Administración privatizada se caracteriza por un desbarajuste patrimonial y financiero notable. Hoy, el descontrol del gasto público constituye, según todos los expertos, el mayor problema de la economía española y a ello contribuye —entre otros factores políticos y sociales— el caos normativo y la ruptura de las reglas clásicas de control que ha sufrido el Estado en los últimos años.

Pues bien, ha llegado el momento de revertir esa tendencia. Es difícil que un país prospere en este desorden. La experiencia histórica demuestra que lo que a la postre hace progresar a un país no son tanto sus recursos naturales, sino su educación y su civilidad, la existencia de un orden jurídico firme, de unas reglas que se respetan en el mundo económico, en la vida política, en el funcionamiento de las instituciones. En la España de los últimos años esas reglas se han degradado de un modo alarmante.

Más nos valdría volver a reponer las cosas en su antiguo orden, con las adaptaciones que sean necesarias a nuestros días. El viejo Derecho público español no es un invento en desuso, sino un depósito de sabiduría, que es fruto de la historia; no tiene que ser visto por el político como una carrera de obstáculos sino como camino y garantía de un buen gobierno. Volvamos al Estado de Derecho.

⁽¹⁾ El presente estudio es parte de una investigación más amplia sobre "El Sector Público Empresarial y su futuro", que ha sido realizada por el Prof. Dr. Gaspar Ariño Ortiz y un equipo de colaboradores, a lo largo de los dos últimos años.

SUMARIO

	Páginas
I. INTRODUCCION	7
II. HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. PRINCIPALES MANIFESTACIONES.	9
1. Exención de la aplicación de los principios básicos de Derecho Público.	9
2. La huida general al Derecho privado de las organizaciones públicas. Modalidades y supuestos.	9
A. Transformación de organismos administrativos	11
a) Correos y Telégrafos.	11
b) AENA (Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea)	13
c) Puertos del Estado	14
d) INI	15
e) Carreteras	16
B. Generalización de la figura «ente público», de la Ley General Presupuestaria (artículo 6, apartados 1 y 5)	16
C. Creación de sociedades interpuestas. Supuestos	18
a) HOLSA	18
b) EXPO 92	19
c) El Consorcio «Pasillo Verde»	20
D. Delegación en un ente público sujeto a Derecho privado de las facultades de contratación	20
E. Creación de Sociedades de objeto indeterminado.	20
a) «Iniciatives»	21
b) IMPROASA	21
3. La «privatización» del propio derecho administrativo.	22
a) Modificaciones en el régimen de contratación del Estado (Ley 1973).	22
b) Modificaciones en la Ley –y en la práctica– de la Función Pública.	23
c) Modificaciones en el régimen patrimonial del Estado.	23
d) Relajación o quiebra de los principios presupuestarios.	24
e) La desnaturalización del control previo del gasto-público.	29
4. <u>Conclusión provisional</u>	32
III UN TEMA TESTIGO: LA GESTION INMOBILIARIA DE LAS EMPRESAS PUBLICAS. NO HAY «BUENOS» ESPECULADORES.	33
1. La eficiencia, como criterio declarado. Crítica.	34
2. La especulación, tentación permanente de públicos y privados.	35

	Páginas
3. Recursos atípicos, un camino fácil para el maquillaje contable.	36
A. Saneamiento de pérdidas.	36
B. Financiación de inversiones. El caso de RÉNFE.	38
4. <u>Segunda Conclusión provisional.</u>	40
IV. ASIMILACION DE LA ADMINISTRACION Y LA EMPRESA PUBLICA A LAS EMPRESAS PRIVADAS. RAZONES Y SINRAZONES DE ESTA HUIDA AL DERECHO PRIVADO.	41
1. Razones habitualmente esgrimidas: la rigidez de los moldes clásicos del Estado de Derecho.	41
2. El derecho público como sistema de garantías. Eficacia y legalidad.	42
3. La razón verdadera, real, de la huida: la liberación de todo control.	45
a) Inaplicabilidad de los mecanismos ordinarios de la empresa privada: derecho de sociedades, derecho de la competencia, control accionarial, control de mercado: quiebra.	46
b) Inaplicabilidad de controles propios del derecho público: en cuanto a creación de empresas, control de sus actuaciones, control financiero.	49
c) El control parlamentario: sus grandes limitaciones.	51
d) Inaplicabilidad del control elemental de cualquier organización.	53
4. <u>Conclusión definitiva:</u> ausencia total de control, un atentado al Estado de Derecho, a la eficiencia económica y a la honesta Administración.	54
V. ESTADO Y DERECHO PRIVADO: USOS LICITOS E ILICITOS DE ESTE.	55
1. Artículos 1, 9 y 103 de la Constitución. Reserva constitucional de Derecho público. No hay libertad de elección de formas.	55
2. En particular, empresa pública y derecho administrativo.	60
3. La ruptura del principio de legalidad y de la unidad patrimonial del Estado.	62
a) El proceso de deslegalización de la competencia para disponer sobre los bienes.	62
b) La quiebra de la unidad patrimonial del Estado.	64
4. Derecho público frente a Derecho privado en las actuaciones patrimoniales del Estado: ¿existe un <u>ius privatum singulare</u> para los contratos y empresas del Estado?. Experiencia del mundo anglosajón.	66
VI. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y FORMAS JURIDICAS. ALGUNAS ENSEÑANZAS A APRENDER EN CUANTO AL REGIMEN DE LAS EMPRESAS PUBLICAS.	69
VII. CONCLUSION	73

¿PRIVATIZAR EL ESTADO?

Un retroceso en el camino de la Historia

ó

La antítesis del Estado de Derecho

I. INTRODUCCION.

Asistimos en los últimos años a un sorprendente proceso de privatización del Estado. Sobre la base de una búsqueda de «eficacia» (palabra mágica), se abandonan las formas que han presidido siempre la actuación de las Administraciones Públicas, se busca la asimilación de la empresa pública a la empresa privada, se suprimen los controles, se laboraliza la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado como si éste fuera propiedad de los gobernantes. De modo especial se ha postulado dicho acercamiento en la empresa pública, en todos sus aspectos: objetivos, «status» jurídico, régimen de personal, autonomía empresarial, régimen patrimonial y financiero, etc..., etc. Se quiere con ello –según se nos dice– «despolitizar» la empresa, convertirla en una empresa de verdad, lo que exige la «privatización» de su régimen jurídico.

Todo ello forma parte de un fenómeno más general, que podríamos llamar de consideración «empresarial» del Estado que lleva a una privatización general de éste. Asistimos cada día a un nuevo caso de conversión de tradicionales órganos administrativos –Direcciones Generales, casi siempre– en «entes» singulares (Agencias, Institutos, Sociedades Estatales, etc.) cuya característica común es la aplicación a ellos de un régimen jurídico-privado. Así ha ocurrido con el Correo, los Puertos, los Aeropuertos, la

Agencia Tributaria, el Patrimonio del Estado, el INI, Renfe, diversos órganos de gestión de las obras públicas, y otros.

La verdad es que esto no es nada nuevo. Siempre ha habido esa tendencia a escapar de los controles que impone el derecho público tradicional. La génesis e historia de los llamados «organismos autónomos» así lo acredita¹. La novedad del fenómeno radica hoy en la generalización de esta «huida» en desbandada, descontrolada y fraudulenta, con la deslegalización que ello supone de la vida del Estado. Por otra parte, esa «privatización» de objetivos y régimen jurídico realizada en la empresa pública española –y en el Estado en general– no tiene nada que ver con los fenómenos de privatización verdadera (británica o argentina) o con la desregulación norteamericana². Bajo forma mercantil y procedimientos de Derecho Privado, el Estado –es decir, el Gobierno, los políticos– siguen manteniendo la dirección y el control de esas

¹ Esta historia –y su significado jurídico político– fue contada por uno de nosotros hace ya años: vid. Ariño, G., «La Administración Institucional. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado», Madrid, 1972, especialmente Cap. II y III.

² Como ha dicho certeramente José Luis Villar «privatización es tanto como pasar a manos privadas, no a formas privadas de actuación, pues nadie hay que garantice que con las mismas personas, liberando las trabas del Derecho Administrativo, se va a conseguir una mayor eficiencia–coste de los servicios o intervenciones perseguidas»: Villar, J. L., «Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas». Ponencia en el Congreso Homenaje a M. Clavero, 1991, Texto mecanografiado, pág. 3.

«nuevas» Administraciones Públicas, que siguen siendo lo que son: organizaciones que se costean a través de los presupuestos públicos. Sólo que, ahora, los políticos se han «liberado» de las ataduras, de las formas, de los procedimientos y garantías que impone el derecho público, y pueden actuar a su libre arbitrio.

Poder y riqueza pública son el centro de este tema, que adquiere tres perspectivas trascendentales.

—Desde el punto de vista jurídico, se está produciendo una verdadera «crisis del Derecho Administrativo»³, con la pérdida de garantías, tanto en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como en la protección del interés público.

—Desde el punto de vista político, la Administración «privatizada» dice ser más eficaz que antes —lo que no está claro, como veremos— pero a un alto precio: constituye un terreno abonado para la corrupción política y administrativa. Está por demostrar, además, que

la eficacia sea el primer valor en un Estado Social y democrático de Derecho.

—Finalmente, desde el punto de vista económico, ello da lugar a un descontrol del gasto público, en el «cuánto» y en el «cómo», que se configura como el principal problema de la economía española, cuya solución se ha de abordar para lograr la convergencia europea.

El análisis de estas cuestiones va a ser el objeto de las páginas que siguen. Determinar hasta qué punto es constitucional y legal, en un sistema jurídico-político como el nuestro, esa huida del Derecho Público a que estamos asistiendo. Y en el caso de que ello fuese posible, si es o no deseable en términos de eficacia y buen gobierno.

Para responder a ello, debemos empezar por describir algunas manifestaciones de esa «huida generalizada del Derecho Administrativo»⁴. Será la mejor manera de tomar conciencia de la amplitud del problema que tenemos delante.

³ Silvia del Saz, «Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo», Cívitas, Madrid, 1992.

⁴ Para la descripción y análisis de este fenómeno deben consultarse dos trabajos recientes: Sala Arquer, J. M., «Memoria de Cátedra», Madrid, 1991, publicada parcialmente en su artículo «Huida al Derecho Privado, huida del Derecho», en REDA, n° 75, 1992, in totum. Y también el excelente trabajo de Silvia del Saz, ya citado «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo», contenido en la obra NUEVAS PERSPECTIVAS

DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. TRES ESTUDIOS, Cívitas, Madrid 1992. Una descripción similar, resaltando los aspectos de la contratación pública, aparece en «Dictamen sobre la ilegitimidad ante la Constitución y el Derecho Comunitario de la contratación de obras públicas sin observar los procedimientos públicos de selección de contratistas» elaborado por Ramón Parada y Silvia del Saz, en enero de 1992.

II. HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. PRINCIPALES MANIFESTACIONES

Las manifestaciones de este fenómeno son múltiples. He aquí las principales:

1. Exención de la aplicación de los principios básicos de Derecho Público a la empresa pública.

Esta fue, históricamente, una primera forma que se planteó ya en 1967, con ocasión del antiguo artículo 398 del Reglamento de Contratos del Estado, en el que se postulaba la aplicabilidad de la legislación de contratos a las empresas nacionales, en sus aspectos procedimentales y rituarios. Este artículo dio lugar a una polémica en el seno de la Administración⁵, de la cual fue consecuencia la actual Disposición Transitoria 2ª del Reglamento Vigente.

El problema de fondo de esta polémica es hasta qué punto aquellas actuaciones jurídicas que son gestionadas con dinero y/o patrimonio público (como es el de la Administración, pero también el de sus empresas) deben quedar o no sometidas a las reglas básicas y principios que deben presidir cualquier actuación del Estado (respeto a los derechos fundamentales, especialmente al principio de igualdad, no discriminación, publicidad y concurrencia, control del gasto, etc...).

⁵ El Consejo de Estado y la antigua Dirección General de lo Contencioso adoptaron posturas contrapuestas en este tema. Dimos cuenta ampliamente de esta polémica en «La empresa pública y su régimen jurídico», en volumen colectivo EL MODELO ECONOMICO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA, Madrid, 1981. Pueden verse allí los términos de la misma.

⁶ La exención expresa de la legislación de contratos y del régimen patrimonial del Estado, es una constante en esta nueva legislación reguladora de múltiples entes —con forma pública o privada— que se someten a Derecho privado.

La Disposición Transitoria 2ª atenuó sus prescripciones al mínimo. Sólo establecía que las empresas nacionales «procurarán respetar» determinados «principios», encargando su adaptación e interpretación al propio Consejo de Administración de las empresas públicas. Formulada con tal imprecisión, esta disposición no pasó de ser un buen deseo: sus efectos han sido nulos.

Pero si entonces se afirmaba, al menos, el sometimiento de la actuación pública bajo formas privadas a los principios de objetividad, transparencia y control, contenidos en la legislación administrativa, y en particular, en la Ley de Contratos de Estado (LCE) y la Ley de Patrimonio del Estado (LPE), hoy la nueva y preocupante «conquista» es la expresa liberación por ley, de aquellas exigencias⁶.

2. La huida general al Derecho privado de las organizaciones públicas. Modalidades y Supuestos.

La actuación a través de formas privadas —empresas públicas societarias— era un fenómeno excepcional en la Administración clásica. Sin embargo, este fenómeno ha experimentado recientemente un cambio cualitativo, trascendental, al extenderse a actuaciones materialmente administrativas, a funciones que tradicionalmente se han considerado de autoridad, esenciales a la soberanía. Tradicionalmente, la forma privada se reservaba para actividades empresariales, a las que se llamaban «gestión económica del Estado»⁷. Hoy

Confirmando este proceso, el proyecto de Ley de Contratos de Estado elimina la Disposición Transitoria 2ª, y en su ámbito subjetivo de aplicación —art. 1.3 y 2.7— excluye a las sociedades estatales.

⁷ La LEEA, en su art. 4, definía la empresa nacional «creada por el estado, directamente o a través de OOA, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas». Este concepto parece haber sido sustituido por el de «Sociedad estatal», de carácter

en día, bloques enteros desgajados de las AAPP⁸ se visten de nuevas formas jurídicas, con un régimen jurídico privado, al menos para sus actividades logísticas: se cambian los regímenes del personal, de contratación, de disposición del patrimonio, de creación de sociedades, de presupuestos, etc.

El ejemplo más llamativo de esta metamorfosis ha sido la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La Ley 31/90, de 24 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 convierte varias Direcciones Generales dependientes de la Secretaría de Estado de Hacienda en un ente público del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria (LGP)⁹. En el ejercicio de las competencias públicas de recaudación se rige, como es lógico (no podía ser de otra manera), por el Derecho Público¹⁰. Pero en el resto de sus actividades, tanto ad

formal, que puede albergar cualquier contenido: art. 6 de la Ley General Presupuestaria de 1977. Sobre el concepto de «gestión económica», Vid. Ariño, G., «Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector Público», Cap. IX, Múrcial Pons, Madrid, 1993.

⁸ Este estudio se centra en la huida del Derecho Administrativo en el ámbito estatal. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto MARTIN RETORTILLO, la utilización de formas de empresas públicas que someten su actividad al Derecho privado ha proliferado también en los niveles autonómicos y locales. Las CCAA están gestionando con gran frecuencia funciones transferidas por el Estado a través de empresas públicas. Por ejemplo, en Cataluña se han creado bajo estas formas el Instituto Catalán del Suelo, la Comisión de Puertos de Cataluña, el Instituto Catalán de Finanzas, y otras: Vid. Martín Retortillo, S., «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», Congreso Homenaje al Profesor Clavero Arévalo, Septiembre 1991.

Para algunas manifestaciones de este fenómeno a nivel local vid. también Quintana López, «Las mancomunidades en nuestro régimen local», Madrid, 1991, pág. 74. En determinados Ayuntamientos están proliferando las formas «privatizadas». Por ejemplo, «Urbanismo 2000», «Asesoramiento 2000» han sido el instrumento elegido por el equipo de gobierno de Ayuntamiento de Marbella para —entre otros efectos— poder ofrecer sueldos de ejecutivos del sector privado a los gestores públicos. Otra consecuencia de este planteamiento es el oscurantismo contable y la disgregación de los estados financieros, mientras los votantes «disfrutan» las mejoras realizadas en Marbella a través de su actual alcalde, Sr. Gil y Gil.

⁹ Recuérdese que el citado art. 6 apartados 1 y 5 dice textualmente:

«1.—Son Sociedades estatales a efectos de esta ley:

intra como «ad extra», se somete al Derecho privado: contratación¹¹, gestión de su personal, funcionario y laboral, régimen patrimonial, etc. Es decir, una «empresa» mercantil dictando unos actos administrativos que son la esencia de la soberanía (actos fiscales).

En este ejemplo extremo de actuación materialmente administrativa bajo formas de Derecho privado¹² aparecen los dos rasgos más acusados de esta tendencia:

a) Conversión formal de organismos públicos, para obtener un régimen jurídico interno «más flexible», «privatizado».

b) Generalización de la figura del «Ente público», sometido al régimen jurídico-privado, que la Ley General Presupuestaria había previsto sólo para supuestos muy excepcionales.

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

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

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

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

¹⁰ La Administración mantiene sus prerrogativas de poder «ad extra», por ejemplo, sus actos de recaudación son inmediatamente ejecutivos.

¹¹ La Ley 31/1990, de modo expreso, permite la «huida» de los procedimientos públicos de contratación, pues «a pesar de consagrar los principios de concurrencia, publicidad y salvaguarda de los derechos de la Agencia», se remite a la Disposición Transitoria segunda del Reglamento de Contratos del Estado (en la que se establece únicamente que «procurarán respetar» esos principios en su actuación).

¹² Este es un ejemplo extremo, pero hay otros igualmente significativos. Por ejemplo el de las empresas públicas de promoción económica regional, que son instrumentos de gestión de ayudas públicas —subvenciones y créditos— que es una tarea materialmente administrativa: Vid. sobre el tema el interesante libro de Laguna de Paz, con el no menos interesante prólogo de López Muñiz: «Las empresas Públicas de Promoción». Montecorvo, 1991.

A. Transformación de organismos

Pero éste ha sido sólo el caso más extremo. Junto a él en los últimos años se han multiplicado las conversiones de la forma jurídica de los organismos, con objeto de obtener un régimen jurídico más flexible, más ágil, menos vinculado a la norma. Más de treinta organismos han experimentado entre 1988 y 1992 una transformación de su naturaleza jurídica, siempre en esta línea: el que era Dirección General ha pasado a Organismo Autónomo (administrativo o comercial); el que era organismo autónomo administrativo ha pasado a ser de naturaleza comercial o industrial; el que ya era industrial, ha pasado a ser «Sociedad estatal» o «Ente público singular». Siempre obteniendo mayor libertad de actuación, menor sujeción a la norma, menor control. Véanse como muestra —y no están todos— los cuadros adjuntos n^{os}. 1 y 2 que dan idea de la amplitud del fenómeno. A estos casos habría que añadir otros tan importantes como el INH, el BOE, la C.N.M.V. y otros.

¹³ Según el art. 85.2 LGP, las operaciones propias de los OOAA de carácter comercial, industrial, financiero o similar, no están sometidas a las limitaciones de los créditos presupuestarios contenidas en dicha ley.

Y según el art. 100 LGP, en sustitución de la Intervención previa y crítica del gasto, estos OOAA únicamente quedan sometidos al control financiero —definido en el art. 17 LGP— a través de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), control que se llevará a cabo «de acuerdo con lo previsto en cada caso...» y según un plan de auditorías, muy lejanas al clásico método de intervención «previa y crítica» de cada gasto que era el tradicional: vid. lo que se dice infra sobre este punto.

¹⁴ En concreto, no se le aplica el art. 84 de la Ley de Patrimonio del Estado, sobre incorporación al Patrimonio del Estado de los bienes inmuebles innecesarios para el cumplimiento directo de sus fines. Y los actos de disposición de bienes sólo exigen informe de la Dirección General del Patrimonio a partir de los 1.000 millones de ptas. (¡ahí es nada!). Además, sus contratos son privados y sólo «procurarán respetar» los principios de la contratación pública, según establece la Disposición Transitoria segunda del Reglamento de Contratos del Estado.

En cuanto al régimen de personal se combina el régimen laboral y el funcionarial. Por una parte, ha provocado fuertes protestas en medios sindicales la libertad de contratación y de fijación de sueldos actualmente existente respecto a los puestos de responsabilidad. Por otro lado, el régimen funcionarial es «sui generis»: se está negociando con los sindicatos el Reglamento de Personal estatutario de Correos que —«manteniendo su carácter funcionarial»— introduce novedades

Veamos algunos de estos supuestos y las consecuencias que conlleva su transformación.

a) Empezaremos considerando el caso de Correos y Telégrafos: por la Ley de Presupuestos para 1991 se transforma, de ser un órgano de carácter administrativo, una Dirección General, en Organismo Autónomo de carácter comercial. Además de la flexibilización del régimen presupuestario y financiero que otorga a estos organismos la Ley General Presupuestaria¹³, la ley de Presupuestos para 1991 establece expresamente que al nuevo organismo no se le aplicará el régimen de gestión del patrimonio público, ni de la contratación pública¹⁴. Por si no fuera suficiente «flexibilización», el Gobierno está ahora estudiando una nueva transformación del régimen jurídico de Correos para convertirlo en lo que llama Agencia Postal, con una privatización total de objetivos y de personal¹⁵.

tan importantes como la desvinculación de la «oferta pública de empleo» en la forma de ingreso. El objetivo —se dice— es la adaptación laboral de correos a un sistema comercial de una empresa productiva. Esperemos que esta «normativa específica dentro de la función pública» no vulnere el principio constitucional de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

¹⁵ Lo que conllevaría a buen seguro una nueva protesta de los sindicatos, ya que en lugar de la prestación del actual servicio, Correos se configuraría como una mera agencia comercial, dedicada a contratar la clasificación y distribución del correo con una serie de empresas privadas. En una reciente comparecencia parlamentaria, el Ministro de Obras Públicas y Transportes confirmó la existencia de ese proyecto, para lograr que Correos se «encardine más en el mundo empresarial». El objetivo de dicha comparecencia era exponer un balance del año de gestión de Correos tras convertirse en un organismo comercial del Estado: resultados muy positivos —según el Ministro— desde la perspectiva financiera y de la calidad del servicio. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, Comisiones, núm. 663, 31 de marzo de 1993.

Esta valoración no es de fiar. Choca por una parte con las constantes quejas de los usuarios sobre la calidad del servicio postal, reflejadas en el Informe del Defensor del Pueblo realtivo al año 1992, y por otra, con las denuncias ante la CEE de las empresas privadas de transporte de correspondencia y paquetería urgente que se quejan, con razón, de la competencia desleal del organismo público: «tienen el apoyo económico y legal del Gobierno —dicen— y pueden operar perdiendo dinero...» Vid. «La batalla contra Correos», ACTUALIDAD ECONOMICA, 1 de febrero de 1993. La cuestión es: ¿La «privatización» de Correos eliminará dichos privilegios? Probablemente no.

Cuadro 1
MODIFICACIONES INSTITUCIONALES EN LA ADMINISTRACION ESPAÑOLA (tendencias tipo centrífugo)

AÑO	CENTRO GESTOR	SITUACION ANTERIOR	SITUACION ACTUAL
1989	Escuela de Hacienda Pública	Dirección General	OO. AA. AA.
	Instituto de Salud Carlos III	OO. AA. AA.	OO. AA. CC.
	Escuela de Organización Industrial	OO. AA. AA.	OO. AA. CC.
	Centro Nacional de Información Geográfica	Dirección General	OO. AA. CC.
	I.N.I.	OO. AA. CC.	Sociedad Estatal
	Instituto Astrofísico de Canarias	OO. AA. AA.	OO. AA. CC.
	I.N.E.	Dirección General	OO. AA. AA.
	RETEVISION		Sociedad Estatal
1990	Administración Turística Española	OO. AA. CC.	Sociedad Estatal (1)
	Aeropuertos Nacionales	OO. AA. CC.	Ente Público (2)
	Dirección Gral. de Infraestr. de Transportes	Dirección General	Ente Público
	Dirección Gral. de Aviación Civil	Dirección General	Ente Público (2)
	Centro de Arte Reina Sofía	Dirección General	OO. AA. AA.
	Centro de Investigaciones Sociológicas	M.º Subs. y S. Grales	OO. AA. AA.
	Escuela Nacional de Sanidad	Dirección General	OO. AA. AA.
	Consortio Compensación de Seguros	OO. AA. CC.	Sociedad Estatal
1991	Biblioteca Nacional	Dirección General	OO. AA. AA.
	Inst. Nal. de Fomento de la Economía Social	Dirección General	OO. AA. AA.
	Correos y Telégrafos	Dirección General	OO. AA. CC.
	Centro Español de Meteorología	OO. AA. AA. (Parcial)	OO. AA. CC.
	Escuela Oficial de Turismo	OO. AA. AA.	Sociedad Estatal
	Agencia Estatal de Admón. Tributaria	Varias Direcciones Generales	Ente Público
	Instituto Cervantes	Varias Direcciones Generales	Ente Público
	Caja postal de Ahorros	OO. AA. CC.	Sociedad Estatal
	Consejo Económico y Social		Ente Público

(1) Con la denominación "Paradores de Turismo de España"

(2) Los medios personales y materiales de ambas Direcciones Generales afectados por las transferencias de funciones se integran en el nuevo centro gestor "Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea".

FUENTE: Dirección General de Presupuestos.

Cuadro 2
REGIMEN DE CONTRATACION Y PRESUPUESTOS EN DIVERSAS ENTIDADES (ver cuadro n.º 1)

ENTIDAD	NATURALEZA JURIDICA	REGIMEN CONTRATACION	REGIMEN PERSONAL	REGIMEN PPTARIO.	INTEGRACION P.G.E.
INI	Sdad. Estatal Art. 6.1 b)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
RETEVISION	Sdad. Estatal Art. 6.1 b)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Administración Turística Española	Sdad. Estatal Art. 6.1 a)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Aeropuertos Nacionales	Ente Público Art. 6.5	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Consortio Compensación de Seguros	Sdad. Estatal Art. 6.1 b)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Escuela Oficial de Turismo	Sdad. Estatal Art. 6.1 b)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Agencia Estatal de Admón. Tributaria	Sdad. Estatal Art. 6.5	Derecho Privado	Derecho Admvo. o Laboral	Vinculante a nivel total	Consolidable
Instituto Cervantes	Ente Público Art. 6.5	Derecho Privado	Derecho Laboral	Vinculante a nivel total	Consolidable
Caja Postal de Ahorros	Sdad. Estatal Art. 6.1 a)	Derecho Privado	Derecho Laboral	Ppto. Estimativo	No consolidable
Consejo Económico y Social	Ente Público Art. 6.5	Derecho Privado	Derecho Laboral	Vinculante a nivel total	Consolidable

FUENTE: Dirección General de Presupuestos.

b) Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (AENA): es Ente Público del art. 6.5 creado por la Ley de Presupuestos para 1990¹⁶ mediante la unión del organismo autónomo de carácter comercial Aeropuertos Nacionales y la Dirección General de Aviación Civil y la de Aeropuertos e Infraestructura del Transporte Aéreo.

El objetivo de esta conversión¹⁷ —aumentar la flexibilidad y la agilidad en la toma de decisiones y en la financiación— es loable «per se». Anteriormente la Dirección de Aviación Civil y la Subdirección de Infraestructura de Transporte Aéreo necesitaban aportaciones de los Presupuestos del Estado. Desde que se constituyó AENA, las inversiones en materia aeroportuaria y de sistemas de navegación se ejecutan con cargo a los recursos propios de este Ente, lo cual resulta positivo; más aún, la actual AENA obtiene unos ingresos anuales de 118.000 millones de pesetas, paga sus impuestos, que van a engrosar el erario público¹⁸ y actúa como podría hacerlo una empresa gestora de los aeropuertos. Todo ello es positivo, pero no se alcanza a ver por qué ello tiene que exigir un abandono total del derecho público. En efecto, el problema —además de la generalizada protesta de los funcionarios—¹⁹ radica en la falta de garantías.

AENA, entidad pública, construye infraestructuras, esto es, la misma obra pública que anteriormente ejecutaban las Direcciones Generales y quedaba sometida a la Ley de Contratos del Estado; ahora se rige por las normas de contratación privada. Asimismo, antes, las ventas patrimoniales se realizaban a través de la Dirección General del Patrimonio, en cuanto gestora universal de todos los bienes del Patrimonio del Estado; actualmente AENA goza de autonomía empresarial y patrimonial. Eso sí, tanto antes como ahora, sigue disfrutando del dominio público, goza de la expropiación forzosa, impone tasas aeroportuarias y recibe dotaciones de fondos públicos cuando resulta necesario.

Esta «liberación» de las formas (sin perder los privilegios) tiene sus riesgos y, de hecho, ya ha generado los primeros escándalos en la concesión del «catering» del aeropuerto de Barajas²⁰. Pero lo más significativo de esta mutación de naturaleza —también lo más peligroso y de dudosa legalidad— es esa tendencia a la universalización de sus actividades, a que pueden sentirse inclinados estos entes, más allá de la especificidad de los fines para los que fueron creados. Esto ha ocurrido con AENA, que ha extendido sus actividades a otros países (en concreto negocia, cuando estas líneas se escriben, una inversión de 45.000 millones para la construcción de 10 aeropuertos en Gabón), lo que resulta realmente

¹⁶ La constitución del citado ente se produce mediante un Real Decreto de 14 de junio de 1991, por el que se aprueba su estatuto. Este avanza en la privatización de su régimen jurídico al recoger la posibilidad de que los aeropuertos se transformen en sociedades anónimas.

¹⁷ Según declaraciones del ex-Director general de Aviación Civil, Martín Plasencia, Vid. La GACETA, 6 de febrero de 1990—.

¹⁸ Este hecho fue destacado por el Presidente de AENA en su comparecencia parlamentaria. Abejón atribuyó el éxito financiero a la gestión desadministrativizada con criterios empresariales, y manifiestamente huyó de la palabra «privatización», 14 de octubre de 1992, número 531, pág. 15819.

¹⁹ En las transformaciones de organismos públicos, se sitúan en primera plana los problemas de la adaptación del personal funcionario al régimen laboral lo que ha ocasionado numerosos incidentes: Vid. lo ocurrido con AENA (EL PAIS 21 de julio de 1991), INSALUD (CINCO DIAS; 17 de septiembre de 1991),

INI (EL PAIS, 18 de diciembre de 1988), Caja Postal (TRIBUNA, 26 de febrero 1990).

Esta relevancia se debe, como es lógico, a la presión sindical. Sin embargo, VILLAR PALASI plantea de forma general los problemas de sucesión en las transformaciones de los organismos instrumentales: subrogaciones de derechos, de personal, de contratación de patrimonio y sobre todo de las funciones públicas que pasan a ser desempeñadas por el nuevo organismo VILLAR PALASI, «Tipología y Derecho Estatutario de las entidades instrumentales de las AAPP», en el Congreso homenaje al profesor Clavero Arévalo, 1991.

²⁰ Una sociedad concursante demandó a Aeropuertos Nacionales ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, impugnando la adjudicación de las cafeterías del aeropuerto de Barajas —«por ser (la suya) la oferta más conveniente para la Administración»—. La concesión se había otorgado, en cambio, a otro licitador vinculado a un conocido político, a través de su hermano: Vid. ABC, 24 de septiembre de 1992.

sorprendente, por más flexibilidad y sumisión al derecho privado de que se le quiera dotar.

c) Un tercer ejemplo es la reforma reciente de la ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante²¹, que ofrece uno de los mejores exponentes de las contradicciones implícitas en la conversión de organismos públicos en formas «privatizadas».

Bajo el estandarte de la eficacia, la actual Dirección General de Puertos es sustituida por el Ente Público del art. 6.5 de la LGP «Puertos del Estado», que tiene funciones de holding sobre las «autoridades portuarias» definidas como entes públicos de gestión empresarial autónoma²².

La libertad de actuación bajo Derecho Privado produjo un cierto enfrentamiento entre el Ministerio de Economía y el MOPT²³. Temiendo la especulación inmobiliaria, el Ministro Solchaga consiguió aumentar el control sobre el patrimonio portuario: frente a la pretendida libertad total, determinadas operaciones como la afectación y expropiación de terrenos exigirán la previa autorización de la Dirección General del Patrimonio. A cambio, Economía ha cedido

en sus otras objeciones al proyecto: control financiero «a posteriori» por la IGAE, y libre fijación de sueldos en el régimen de personal²⁴.

Ahora bien, el objetivo de mayor eficacia y el sometimiento al Derecho privado se traduce en el articulado, paradójicamente, en una menor autonomía empresarial de cada uno de los puertos. Tal es la opinión de numerosos empresarios²⁵ y de la casi totalidad de la oposición parlamentaria²⁶. En efecto, frente a las intenciones declaradas en la Exposición de Motivos, en el articulado, en vez de respetar la autonomía de los actuales puertos autónomos y de extender este régimen a otros puertos, se aumenta la centralización. El Ente «Puertos del Estado» es dotado de facultades omnímodas: en el régimen financiero, de personal, de intervención en la gestión...²⁷.

Por tanto, la pretendida libre competencia entre los puertos es ficticia: las autoridades portuarias únicamente ejecutan las decisiones del «holding» público y se encuentran maniatadas ante la competencia internacional²⁸. Realmente, quien consigue autonomía no son los Puertos, sino la Dirección General.

²¹ Ley 27/1992, de 24 de noviembre de 1992 (BOE de 25 de noviembre de 1992).

²² La Exposición de Motivos de la ley se extiende en la necesidad de desburocratizar y dotar de autonomía financiera y de gestión, para dar eficacia a los puertos.

²³ EXPANSION, 13 de diciembre de 1991.

²⁴ Solchaga proponía el control permanente de la gestión, y temía un agravio comparativo en la retribución respecto a otras empresas públicas, EXPANSION, 20 de diciembre de 1991.

²⁵ Según la CEOE el proyecto era directamente intervencionista, pues el nuevo ente controlará aboslutamente la gestión de los puertos, EXPANSION, 20 de diciembre de 1991. En cambio, el Director de Puertos del Estado, Fernando Palao, continúa hoy negando la existencia de límites a la capacidad de gestión de los puertos, CINCO DIAS, 8 de febrero de 1993.

²⁶ En el debate de totalidad del proyecto, todos los grupos parlamentarios—excepto el aragonés y el canario— presentaron enmiendas a la totalidad coincidiendo en la contradicción entre preámbulo y articulado.

²⁷ Entre las facultades intervencionistas del Ente destacan los aspectos económico-financiero y de personal: el Ente nombra por libre designación—es decir, «a dedo», al Consejo Rector y a los principales directivos de los puertos. Se crea un sistema

de «caja única», que se nutrirá de las aportaciones obligatorias de las autoridades portuarias, en la cuantía fijada por el Ente. Asimismo, el ente aprueba el presupuesto anual, los proyectos de inversión y posteriormente distribuye los recursos financieros necesarios para dichos proyectos.

²⁸ Un puerto en competencia con puertos extranjeros vecinos tendrá que soportar tarifas más altas que las correspondientes a su situación económica, con objeto de financiar las inversiones de otros puertos, o simplemente su déficit. En este punto se refleja cómo los vicios institucionales de la empresa pública—su «expansionismo» y creación de conglomerados empresariales— en muchas ocasiones posibilitan el «maquillaje contable» de las cifras de pérdidas. Sin embargo, esto se presenta desde instancias oficiales como un gran logro: «el conjunto del sistema portuario en estos momentos es autosuficiente económica y financieramente respecto a los Presupuestos Generales del Estado», declaraba recientemente el Directo de Puertos del Estado.

Al menos en el plano de los objetivos, sí que existe el compromiso de las autoridades oficiales de conseguir la autofinanciación de cada uno de los puertos, vid. CINCO DIAS, 8 de febrero de 1993. mejor sería para lograr dicho objetivo conceder verdadera autonomía de gestión y de financiación a los puertos.

Este texto constituye una clara «huida del Derecho» bajo el argumento de la eficacia. De nuevo, se eliminan las garantías del Derecho Administrativo pero no los privilegios: control político de la empresa pública, nombramientos de sus directivos y demás decisiones relevantes de la empresa²⁹.

d) Un cuarto supuesto en este cuadro de la transformación de organismos públicos, con objeto de lograr un régimen jurídico privatizado más flexible, es el de la evolución del INI³⁰, el mayor grupo empresarial de España. Veámosla.

—En su ley de creación, de 25 de septiembre de 1941, ya se configuraba con carácter híbrido: «Entidad de Derecho Público, que utilizará los métodos de las Sociedades Anónimas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión el control del Gobierno»³¹.

—La LEEA de 1958 incluye al INI como organismo estatal autónomo³², con la correspondiente intervención constante de sus movimientos financieros.

—Con objeto de eliminar los obstáculos burocráticos a la gerencia empresarial, Boada impulsó una profunda reforma en el régimen jurídico y financiero del INI: se excluyó al INI de la aplicación de la LEEA³³, y se le dotó de una mayor flexibilidad financiera³⁴.

—En la ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, se puntualiza la naturaleza jurídica del INI al clasificarlo como «Organismo Autónomo que desarrolla una actividad comercial, industrial, financiera, o análoga» confirmando su régimen de descentralización excepcional en lo que respecta a operaciones financieras, comerciales y patrimoniales.

—Diez años más tarde, el art. 123 de la Ley 37/88, de Presupuestos Generales para 1989 establece que el Organismo Autónomo INI se transforma en un Ente de Derecho Público, del art. 6.1 b) de la LGP, que somete su actividad al Derecho Privado: contratos mercantiles, personal laboral, etc. Asimismo se le aplica un régimen presupuestario más flexible, con previsiones de gastos de tipo estimativo.

—Finalmente, el último eslabón en esta progresiva «privatización» jurídica se contiene en el art. 107 de la Ley 31/91 de presupuestos generales para 1992. Esta disposición prevé la segregación del INI, y la constitución del grupo de empresas rentables bajo la forma de Sociedad Anónima. La máxima privatización en el régimen jurídico se corresponde con el nuevo papel de la empresa pública: la maximización del beneficio, la búsqueda de la eficacia, dejando atrás otros objetivos de interés público (Vid. sobre esto lo que se dice en Ariño Ortiz, *Economía y Estado*, cap. V, in totum).

²⁹ Asimismo, El Ente se ha dotado de privilegios jurídicos: aunque se rige por el Derecho privado, en el régimen tributario obtiene exención de impuestos, haciendo pesar su carácter jurídico-público.

³⁰ Vid. sobre el tema, Pedro Schwartz y Manuel Jesús González, en «Una Historia del Instituto Nacional de Industria», Tecnos, Madrid, 1978, págs. 156 y ss.; Pablo Martín Aceña y Francisco Comín, «INI: Cincuenta años de industrialización en España», Espasa-Calpe, Madrid, 1991, págs. 573 y ss.

³¹ Arts. 1 y 2 de la Ley de Creación, en la que aparece por primera vez en nuestro Derecho la figura «Entidad de Derecho Público».

³² El carácter mixto de estos entes se manifiesta en el concepto incluido en el art. 2.º de la LEEA de 26 de diciembre de 1958: los organismos estatales autónomos son «Entidades de Derecho público, creadas por ley con personalidad jurídica y patrimonios propios, independientes de los del Estado, a quienes se

encomienda expresamente, en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público».

³³ El Preámbulo del Decreto Ley 20/70, 24 de diciembre de 1970, que reforma la ley fundacional del INI, afirma expresamente que los trámites de la LEEA «no son compatibles con la agilidad que hoy debe exigirse al Instituto, sin perjuicio de mantener el necesario control del mismo».

³⁴ Entre las medidas liberalizadoras destacan: a) el nuevo techo de 100 millones para la exigencia de autorización en la compra de activos u operaciones financieras, y b) libre disposición de las cuantías aprobadas por el Gobierno en el programa anual con las actuaciones y propuestas de inversión del INI —posteriormente denominados PAIF—.

La autorización para realizar todo tipo de operaciones financieras, dentro de los límites establecidos en la ley de presupuestos, se sitúa en el mismo objeto social del INI como Sociedad Anónima: la gestión de participaciones y acciones presentes y futuras, con criterios empresariales y bajo Derecho privado.

e) Tomemos un último caso. Existe al parecer el proyecto de transformar la Dirección General (DG) de Carreteras en una «Agencia» ágil y sometida al Derecho privado. Un intento más de crear infraestructuras al margen de la contratación pública, bajo la justificación de la supuesta mayor eficacia³⁵.

La crítica ha coincidido con la opinión del Ministerio de Economía: dada la escasez de los recursos públicos, es importante aumentar la flexibilidad en su gestión, y el desarrollo de nuevas fórmulas de financiación extra-presupuestaria, pero en todo caso se ha de asegurar el control del gasto, en la gestión del dinero e intereses públicos³⁶.

Hasta aquí una breve descripción de algunos fenómenos, que podría completarse con nuevos supuestos como el Instituto Cervantes, la Corporación Bancaria Española (Argentaria) o la ya citada Agencia Estatal de Administración

Tributaria. Posteriormente nos plantearemos la constitucionalidad de estas transformaciones, pero permítasenos apuntar en este momento nuestra opinión, bastante escéptica, sobre la eficacia de esa falsa «privatización» jurídica: estamos ante un episodio de cambio más, en esa lampedusiana «reestructuración interminable» de los Entes públicos que nada —o muy poco— consigue cambiar. La raíz de la ineficacia de la gestión pública no radica en su régimen jurídico, sino en otros «vicios» institucionales de la empresa pública, de los que nos ocuparemos en una próxima publicación.

B) Generalización de la figura «Ente Público» de la LGP. (art. 6, apartados I y 5)

La Ley General Presupuestaria consagra la ruptura entre «forma» y «régimen jurídico», al integrar dentro de las sociedades estatales las «Entidades de derecho público que por ley ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico privado» (art. 6.1.b) LGP³⁷. Ya existía algún organismo de este tipo —verdaderos monstruos jurídicos— como Renfe y el Banco de España y algunos Puertos Autónomos³⁸, pero con la LGP se generaliza esta figura anómala, que posibilita la realización de actividades que exceden el ámbito puramente industrial o comercial, en

³⁵ En este caso ha primado la resistencia del Ministro de Economía Solchaga, frente a la propuesta del titular de Obras Públicas y Transportes (MOPT), Borrell, por temer el primero el descontrol del gasto en un órgano tan importante como la Dirección General de Carreteras, que gestiona anualmente un presupuesto por encima de los 400.000 millones de ptas.

³⁶ El MOPT ha manifestado su intención de incluir de nuevo esta transformación en la ley de presupuestos para 1994, EXPANSION, 6 de agosto de 1992.

³⁷ Según el art. 6.º I son sociedades estatales «b) las Entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado». La regulación aplicable a dichas sociedades es, según el art. 6.º 2 LGP, el «derecho mercantil, civil o laboral, salvo en materias que se aplique la presente ley». La contradicción conceptual entre la palabra «sociedad» y la expresión «Entidad de derecho público» ha sido destacada por la doctrina.

³⁸ RENFE, según la ley de 24 de enero de 1941, se define como entidad de derecho público cuya actividad debe realizarse en régimen de empresa industrial. En concreto la exclusión de la

LCE que establece su Estatuto parece inexplicable, debido a su inmenso potencial de inversión, en obras y suministros. Vid. Ariño Ortiz, en su ponencia «Problemática actual de la contratación de las AAPP», presentada en las Jornadas sobre Contratación Pública convocadas por la Universidad de Valladolid, 27-29 de enero de 1993.

Asimismo parece lógico sospechar la existencia de una relación de causalidad entre, por una parte, dicha exclusión de los procedimientos de la contratación pública y, por otra, la reciente multiplicación de escándalos por las comisiones ilegales y el tráfico de influencias en la contratación de obras y suministros de RENFE. El caso FILESA, actualmente bajo escrutinio judicial, no es un supuesto aislado. Recientemente han surgido numerosas denuncias respecto a la contratación irregular de RENFE: por ejemplo, adjudicación a dedo por valor de 25.000 millones, tras declarar —inexplicablemente— desierto un concurso público anterior: vid. —EL MUNDO, 3 de mayo de 1993— y adjudicación a dedo de obras del AVE a RETESA, ABC, 6 de marzo de 1993.

cuanto que son desarrolladas por Entes públicos titulares de una situación de privilegio, monopolio y/o autoridad pública, sin sometimiento al Derecho Administrativo³⁹. Pero, y esto es especialmente grave, como tampoco son sociedades (aunque se les llame así) no les son aplicables las fórmulas de impugnación de acuerdos sociales según el Derecho Mercantil, puesto que ni hay socios, ni protección de minorías, ni obligación de auditarse, ni demás exigencias que impone el derecho societario. El resultado es que, en la práctica, existe una falta absoluta de control jurisdiccional sobre la actuación de estos Entes⁴⁰.

La situación se agrava con la reforma del art. 6 LGP, mediante la ley de Presupuestos de 1988: se añade en ésta el apartado 5 y se crea una figura todavía más contradictoria y arbitraria de Entes públicos⁴¹, con importantes competencias públicas que someten al Derecho público, mientras que su actividad logística queda regulada

³⁹ Es decir, actos administrativos no sometidos a la Ley de Procedimiento Administrativo (LPE), personal laboral, régimen de responsabilidad civil, contratos civiles sin sometimiento a las normas sobre selección de contratistas, publicidad y concurrencia.

⁴⁰ Esto ha sido puesto de relieve por Sala Arquer y Parada-Silvia del Saz, en los trabajos citados supra. Alguien podría preguntar: ¿Y el Tribunal de Cuentas? No es tal. Es una «trampa semántica». Coincidimos con las recientes declaraciones del vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, J. L. Manzanares: «El Tribunal de Cuentas no es un tribunal; es un órgano de la Administración y los señores que están allí no pertenecen al Poder Judicial. Lo que ocurre es que a la Administración le gusta mucho vestir sus órganos con nombres que piensan que les acreditan y les dan una imagen de independencia», (vid. ABC, 31 de enero de 1993). Por lo demás, mientras no se despolitice esa institución —tema en el que ahora no podemos entrar— resultará un control espúreo. Y, además, tardío: va siempre con varios años de retraso en sus tareas, con lo que ello supone. Conscientes de esta lacra, el Grupo parlamentario popular elaboró en 1992 una proposición de ley que modifica determinados artículos de la Ley 7/88, de 5 de abril, con objeto de potenciar la acción fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. Parece urgente proseguir dichos esfuerzos en la presente legislatura.

⁴¹ Artículo citado supra, nota 9.

⁴² Entre los entes del art. 6.5 destacan la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Instituto Cervantes (ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (ley 28 de julio de 1988), el ente «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea» (ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos

por el ordenamiento jurídico privado⁴². Con la laboralización de su personal y el sometimiento de parte de su actividad al Derecho privado se propician las «actuaciones informales», que en definitiva constituyen una vía de hecho en la gestión de funciones públicas⁴³.

Como era de temer, dada la evolución que venimos exponiendo, ésta era la «gran salida» que había que aprovechar, cosa que ha llevado a cabo la Ley de presupuestos para 1992, que ha disparado la utilización de esta figura, recalificando en esta forma una amplia serie de Entidades con la consiguiente desprotección jurídica de los ciudadanos y de los fondos públicos⁴⁴.

Es interesante constatar que estos Entes Públicos que someten toda o parte de su actividad al Derecho Privado están llevando a cabo toda clase de funciones administrativas, desde la potestad reglamentaria o fiscal (reglamentos de policía) hasta la actividad prestadora de bienes y servicios. Así por ejemplo, ejercen:

para 1990) el Ente Puertos del Estado (reciente Ley de Reforma de la Administración portuaria y el Consejo Económico y Social, previsto en el art. 131 CE y recientemente creado por Ley 21/1991, de 17 de junio. No se alcanza a comprender esta «personificación» del Consejo, órgano consultivo con garantía constitucional, como el Consejo de Estado, que no tenía necesidad alguna de ser configurado bajo el tipo legal del art. 6.5 de la LGP.

⁴³ Este tema ha sido analizado con brillantez por el Profesor José Manuel Sala Arquer en su Memoria de Cátedra de Derecho Administrativo, que presentó en Valladolid en enero de 1992. En particular, el Capítulo II, apartado 8.10 con el título: «La huida al Derecho Privado: Entidades de Derecho Público sujetas al Derecho Privado y Sociedades mercantiles en mano pública».

⁴⁴ La Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, enumera como Entidades de Derecho público a que se refiere el art. 6.5 LGP, el Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (CDTI), Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE), Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH), Instituto para la Diversificación de la Energía (IDAE), Puertos Autónomos de Barcelona, Bilbao, Huelva y Valencia, RENFE, Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo (SEPES), Instituto de Crédito Oficial (ICO), Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), Instituto Nacional de Industria (INI), Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISION), Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Empresa Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera (ENATCAR), Ente Público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) Consorcio de Compensación de Seguros y Escuela Oficial de Turismo.

1) – Acción de policía: Entes públicos que recaudan tributos –Agencia Estatal Tributaria–, y que otorgan autorizaciones y ejercen la potestad reglamentaria como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y Banco de España⁴⁵.

2) Acción de fomento: se ha extendido la práctica de conceder ayudas estatales a través de sociedades mercantiles o entes públicos, por ejemplo el Instituto de Fomento de Andalucía⁴⁶.

3) Acción de servicio público, como puede ser RENFE, SEPES o RETEVISION.

Para terminar esta breve descripción de supuestos, es necesario destacar el carácter generalizado y al parecer imparable de esta tendencia. Esta «privatización jurídica» no va en absoluto acompañada de un verdadero estatuto de «autonomía política» de estos Entes que siguen bajo la férrea dirección, en su actuación, del Ministro de turno. Salvo el Banco de España, cuyo Estatuto de Autonomía se discute en estos momentos, la dependencia gubernamental de todos ellos es absoluta. El resultado es: control político y liberación jurídica. Una mezcla explosiva. La antítesis del Estado de Derecho.

C) Creación de Sociedades interpuestas. Supuestos.

Hay también otras vías indirectas para escapar del derecho público y someter la actuación

administrativa al régimen jurídico privado. La primera es la creación de sociedades interpuestas a las que se atribuye la gestión de obras públicas e infraestructuras. Dichas sociedades, por su condición (forma mercantil), sujetan su actividad al Derecho privado, aunque materialmente sus actividades encajarían en la figura administrativa del «contrato de obra o servicio público», que exige el sometimiento a determinados procedimientos de selección de contratistas, publicidad y concurrencia⁴⁷.

Bastan algunos ejemplos para comprobar la magnitud de obra pública que escapa del derecho administrativo por esta vía.

a) HOLSA (Barcelona Holding Olímpico, S.A.) fue creada por convenio entre la Administración del Estado y el Ayuntamiento de Barcelona, para la financiación y seguimiento de obras relacionadas con los juegos olímpicos. Dicha contratación de infraestructura se ha regido por el Derecho privado.

A mayor abundamiento, HOLSA era propietaria de diferentes empresas (IMPUSA, VOSA, AOMSA) que realizaron las obras de infraestructura, por lo que existen serias bases para cuestionar la buena gestión de los caudales públicos: unos 200.000 millones de pesetas, considerando las inversiones realizadas directamente por HOLSA y las efectuadas a través de sus filiales⁴⁸.

⁴⁵ Ya hemos aludido a las funciones soberanas que ejerce la Agencia Estatal de Administración Tributaria. VILLAR PALASI ha destacado la relevancia del Banco de España y de la CNMV como entes públicos con sometimiento al Derecho privado, ya que poseen un gran poder normativo, configurándose como «agencias reguladoras independientes», *vid.* VILLAR PALASI, *op. cit.* nota 2.

⁴⁶ A este respecto debe consultarse la obra ya citada «Empresas Públicas de Promoción Económica Regional» de José Carlos Laguna de Paz, ed. Montecorvo, Madrid, 1991, en la que, tras describir la expansión del fenómeno, se analiza en qué medida resulta jurídicamente aceptable la utilización de la discutida técnica de la empresa pública, especialmente en sus formas mercantiles, para llevar a cabo la actividad administrativa de

ayuda. La conclusión del estudio es la previsible: la concesión de ayudas públicas a través de empresas públicas es inadecuada desde el punto de vista jurídico.

⁴⁷ En los contratos de obra pública se acentúa la necesidad de un régimen jurídico-administrativo, ya que el art. 132 de la Constitución impone un especial rigor para la protección del dominio público, que alcanza a toda obra pública.

⁴⁸ *Vid.* Silvia del Saz, *op. cit.* nota 3. A la espera del balance final de su gestión, ha surgido un dato significativo: en julio de 1993 HOLSA incrementa su endeudamiento en 41.250 millones de pts., mientras que el Ayuntamiento de Barcelona y el Ministerio de Economía han de traspasar a HOLSA, de aquí al año 2009, para que salde sus deudas, 145.000 millones de pesetas cada uno. Sólo entonces se podrá extinguir dicha sociedad.

b) La «Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla de 1992» (EXPO 92) fue creada asimismo con carácter instrumental: para organizar una exposición que exigía elevadas inversiones en infraestructuras, con la flexibilidad –se dijo– que otorga el régimen jurídico privado. En este supuesto ha sido trascendental la actitud del Comisariado⁴⁹. Mientras que el primer Comisario –Olivencia– creía que la eficacia había que alcanzarla en el marco de la legalidad, el Consejero Delegado –Pellón– parecía considerar que la celeridad y su gestión personal era la mejor garantía del éxito de la EXPO⁵⁰. Pues bien, dejando a un lado los aspectos culturales, lúdicos y festivos del acontecimiento, lo que conviene

constatar en este momento es que el resultado económico de la operación ha sido desastroso para el Estado y ha dejado una carga financiera –una más– que está todavía pendiente de saldar. La falta de transparencia en las cuentas, la asunción de excesivos riesgos a través de sociedades particulares –por ejemplo las operaciones hoteleras de Coral–, la adjudicación de casi 2.000 contratos «a dedo»⁵¹ son algunas de las causas del desastre de la gestión económica de la EXPO, cuyas cuentas finales están pendientes de fiscalización⁵². De entrada, el Estado ha tenido que avalar un crédito sindicado por importe de 75.150 millones de ptas. para refinanciar las deudas de la Expo-92, cuyos

⁴⁹ Según el art. 5 del Real Decreto 487/1985, de 10 de abril, el Comisariado, a través del Consejo de Dirección, ejercía su autoridad y control sobre la sociedad, nombrando y separando libremente a los consejeros.

⁵⁰ Vid., entrevista con Manuel Olivencia, –ABC, 11 de octubre de 1992– en la que afirmaba textualmente: «en un Estado de Derecho, la Administración debe adecuarse a la ley, lo cual es perfectamente compatible con la eficacia y la coordinación». Olivencia fue sustituido por Casinello debido a las presiones de algunos dirigentes políticos que contraponían eficacia y garantías legales. No parece casual que el decreto de cese de Olivencia, R.D. 1119/1991, contuviera, contra lo que es habitual, una disposición adicional que suprimía las competencias de control del Comisariado.

⁵¹ Según una respuesta del Gobierno a una pregunta parlamentaria, se adjudicaron por el Sr. Pellón 1.863 contratos por este procedimiento, valorados en 40.626 millones. Olivencia siempre insistió en que se cumplieran los principios de publicidad e igualdad de oportunidades. Y que las contrataciones directas, excepcionales, se justificaran en todo caso. Para algunos, estas fueron las causas determinantes de su destitución. Lógicamente, no se hizo mucho caso a dichas directrices y se multiplicaron las prácticas ilegales y las denuncias de irregularidades en la contratación. Entre ellas ha recibido gran atención en los medios de comunicación el caso de la Sociedad Río Cócón, constituida con tan sólo 20 millones de pts. de capital social, 19 días antes de la convocatoria de un concurso por valor de más de 1.500 millones de pts. (vid., EL MUNDO, 8 de marzo de 1993).

Pellón, en su comparecencia ante el Congreso para explicar las condiciones de dicho contrato negó que tuviera conocimiento de la existencia de comisiones ilegales para el PSOE –de que había sido acusado– con ocasión de la contratación de la EXPO: vid., DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 17 de marzo de 1993, núm. 638.

Pero en todo caso lo que tendría que explicar el Sr. Pellón es por qué abusó de la adjudicación directa y suprimió las vías de prevención de tales prácticas, y por qué se ha negado posteriormente a suministrar información al Parlamento sobre las contrataciones de la EXPO (vid., en efecto, su negativa en DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 17 de febrero de 1993, núm. 608). Al final tuvo que darla el Gobierno, en octubre de 1993, año y medio después de lo que se le había pedido.

⁵² La EXPO publicó en marzo de 1993 unos «resultados de gestión» en el que se anunciaba un beneficio de 2.437 millones (en los días inmediatos al cierre de la muestra se habían anunciado 7.616 millones), pero esto era sólo un «resultado de gestión» (esto es, de las actividades operativas) de las que se había separado la valoración e inversión de los activos. Sin embargo, el balance contable final puede ser muy diferente. El Tribunal de Cuentas ha anunciado que presentará en 1994 el informe de la fiscalización iniciada en marzo (vid. Diario EL PAIS, 18 de marzo de 1993), aunque en este caso puede que sea difícil conocer la verdadera realidad financiera a través del Tribunal de Cuentas. De hecho ya se han producido denuncias de depuración de la contabilidad de la EXPO que iba a ser entregada por dicho organismo al Tribunal (vid. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 17 de febrero de 1993, núm. 608). En tanto llega ese informe, que será sin duda interesante, la impresión general y múltiples datos coinciden en que en la EXPO se ha tirado el dinero público a espaldas. Pese a los «satisfactorios» resultados presentados por la sociedad estatal, el enigma de las cuentas se ve clarificado en parte por un hecho: la creación de AGESA –una denominada Sociedad Estatal de Gestión de Activos– heredera de la EXPO, que recibió el patrimonio de ésta, con un pasivo a corto plazo (1993) de 81.700 millones de pts., que obligó a su refinamiento mediante la suscripción de un crédito sindicado multidivisa, con aval del Estado, por un importe de 75.150 millones, a siete años y a un tipo de interés variable (libor + 0,25). Como ha comentado el propio ex-Comisario, Sr. Olivencia, la situación patrimonial de la EXPO debe ser delicada cuando se prefiere realizar el salvamento de una sociedad (EXPO-92) mediante la creación de otra (AGESA fue creada por R.D. 475/1993), derogando el decreto (R.D. 135/1993) que dos meses antes disponía la liquidación de la primera. Esta resultaba imposible, dado el régimen de transparencia y publicidad que la ley exige en estos casos. Vid., «Balance a la a la EXPO», conferencia pronunciada por M. Olivencia el 23 de junio de 1993 en la Sociedad de Estudios Internacionales, Madrid. Esto podría calificarse como un supuesto de manipulación de formas jurídicas con un fin de maquillaje contable: se crea una sociedad estatal para evitar la liquidación –y consiguiente régimen de publicidad contable– de una empresa deficitaria que ha incurrido en una causa de disolución.

activos y pasivo han sido transferidos a una nueva sociedad de gestión –AGESA– creada para llevar a efecto una ordenada liquidación de aquella. Esta sociedad, el primer año de funcionamiento ha perdido ya 25.000 millones (amortizaciones y gastos financieros).

c) El Consortio «Pasillo Verde» es una sociedad interpuesta muy diferente: una sociedad mixta de Renfe y el Ayuntamiento de Madrid para la ejecución de obras públicas y reurbanización, con un presupuesto de más de 35.000 millones de ptas. y un sistema de financiación extrapresupuestario: la venta de las parcelas liberadas de la servidumbre ferroviaria. A nadie se le ocultan –a la vista de recientes experiencias, convenientemente aireadas por la prensa– los peligros de la financiación de infraestructuras mediante libres operaciones inmobiliarias.

Como siempre, el Pasillo Verde ha sido calificado por sus autores como un «modelo de gestión y financiación consolidado», debido a su sometimiento a controles rigurosos y la existencia de una total transparencia⁵³. Y es que el problema no es tanto la forma y régimen jurídico que adoptan las sociedades interpuestas, sino la ausencia de controles jurídicos que suelen acompañarlos.

⁵³ Esta es la opinión de altos cargos de Renfe y del Ayuntamiento de Madrid, así como de algunos empresarios privados, que en él intervienen, según diversos testimonios aparecidos en los medios de opinión. Es pronto todavía para hacer valoraciones definitivas. Ciertamente la figura del Consortio es aceptada para otros proyectos como «fórmula adecuada para la colaboración entre instituciones estatales, autonómicas y locales, y la iniciativa privada; se concilian discrepancias políticas por la evidencia del bien común y bajo estricto control y transparencia se sustituye el monstruo administrativo por una gestión eficaz y directísima»: así Frutos Velasco Ibáñez, CINCO DIAS, 24 de septiembre de 1992. Vid. Martín Mateo, R., «Los consortios locales. Una institución en auge», RAP, n.º 129 (1992), págs. 7 y ss.

4. Delegación en un ente público sujeto a Derecho privado de las facultades de contratación⁵⁴

Una cuarta vía que acaba de abrirse, combinada con las anteriores, es la que se enuncia en el presente epígrafe. Hasta ahora, que sepamos, solo se ha hecho uso de ella en un supuesto, cuya legalidad es muy dudosa, ya que dicha delegación de competencias administrativas no parece tener otro objetivo que la huida de los procedimientos públicos de contratación administrativa. Es decir, un fraude de Ley.

El supuesto, que de extenderse puede significar un amplio campo, es el contenido en el art. 16 de la Ley de Presupuestos para 1991, cuyo texto afirma: «Se autoriza al Ministerio de Justicia para formalizar convenios de colaboración con Entidades de Derecho público, en los que se encomiende la gestión de obras y suministro que deban realizarse en ejecución de la Ley 38/1988 de demarcación y planta judicial».

Por este sistema, puede quedar burlada una amplia zona de la contratación pública.

5. Creación de sociedades de objeto indeterminado.

Por último, la vía indirecta de mayor alcance para la huida del Derecho administrativo respecto

Esta fórmula está prevista también para la denominada «Operación Chamartín» que urbanizará 62 hectáreas con un presupuesto superior a 120.000 millones de pts. El responsable municipal de urbanismo, J. I. Echeverría, ha afirmado que la fórmula ideal sería similar al Consortio Pasillo Verde, anunciando que no permitirá en ningún caso operaciones especulativas «al estilo de las que han dejado triste recuerdo en pueblos del Norte de Madrid». Alude con ello, claramente, al «escándalo Renfe» que comentamos más adelante (vid., Diario ABC, 5 de abril de 1993). Pronto veremos como se configura jurídicamente esta operación, a cuyo concurso se han presentado cuatro grandes grupos financieros e inmobiliarios, (vid., Diario EL PAIS, 6 de julio de 1993).

⁵⁴ Vía destacada por Silvia del Saz, op. cit., nota 3.

a contratación, operaciones inmobiliarias, creación de empresas, etc... consiste en la creación de sociedades con un objeto social amplísimo: «para lo que haga falta».

Estas sociedades son, a nuestro juicio, ilegales por ir contra el principio de especialidad, que se aplica con mayor rigor a las empresas públicas. Sin embargo, es una tentación permanente del político que se traduce en ese vicio inmanente que es el «expansionismo» de las empresas públicas⁵⁵. Veamos un par de casos significativos.

a) «Iniciatives» fue la primera compañía de capital- riesgo que nació con capital público⁵⁶. Es decir, se invertía donde se consideraba más conveniente, que en su mayor parte fueron activos financieros. Para eso no hacía falta crear una empresa pública. Así opinó el Tribunal Supremo el 6 de septiembre de 1989, al anular el acuerdo de constitución de dicha sociedad: no tenía un objeto social bien definido y no quedaba clara la utilidad social de las iniciativas realizadas con dinero público⁵⁷.

Sin embargo, la declaración de nulidad de la constitución de una sociedad en base a su objeto social indeterminado es la excepción. Multitud de empresas públicas escapan de la legalidad, con objetos sociales muy imprecisos, que les permiten desarrollar actividades diversas sin necesidad de someterse a los procedimientos administrativos correspondientes.

b) Este es exactamente el supuesto de IMPROASA, Inmobiliaria de Promociones y Arriendos, S.A. En una reciente comparecencia parlamentaria de su Presidente⁵⁸, la oposición calificó el objeto social de la empresa como impreciso y como un medio para evitar la legislación de procedimiento administrativo y de contratos del Estado⁵⁹.

Según la Memoria de 1990 el objeto social de esta empresa, entre otras actividades⁶⁰, finaliza afirmando: «la promoción, creación y participación de toda clase de empresas y sociedades, y la realización de todo tipo de actividades». No cabe imaginar un objeto social más impreciso.

Sin embargo, el Presidente de IMPROASA justificaba la existencia de dicha sociedad, por ser «útil» para la Dirección General de Patrimonio del Estado. Ante la acusación de «huida del Derecho Administrativo», afirmaba que «intentaban» utilizar los criterios de la LCE⁶¹.

Ahora bien, no basta «intentar» seguir un criterio de Derecho Administrativo. Eso sería un simple Derecho doméstico de la empresa, y no un Derecho objetivo, que imponga la obligación de sometimiento a dichos criterios, y que cree derechos accionables por terceros interesados⁶².

⁵⁵ Nos referimos a él ampliamente en una próxima.

⁵⁶ Se creó por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona, de 1 de octubre de 1985.

⁵⁷ Tras la sentencia, «Iniciatives» se vio forzada a una privatización parcial y a replantearse su política de inversiones, ACTUALIDAD ECONOMICA, 29 de julio de 1991.

⁵⁸ «Comparecencia del Sr. Presidente de Inmobiliaria de Promociones y Arriendos, S. A. (IMPROASA), para que explique la actuación, ventas y resultados de dicha sociedad, desde su constitución hasta hoy. A solicitud del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso». DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, COMISIONES, 8 de octubre de 1992, n.º 526, pág. 15.392.

⁵⁹ La primera acusación fue efectuada por el Sr. Camacho Zancada, del Grupo Popular, y la segunda por el Sr. Martínez, del Grupo Parlamentario Izquierda Unida.

⁶⁰ Otras misiones contenidas en el objeto social de IMPROASA son: a) la promoción, construcción, venta, arrendamiento y explotación de edificaciones, y b) estudio, promoción, y desarrollo de actividades de mediación y asesoramiento de toda clase de contratos.

⁶¹ Del Val Alonso afirmó textualmente: «Aunque todo es discutible, intentamos seguir unos criterios próximos a los que se vienen utilizando en la Administración o en el mundo privado, porque es donde nos tenemos que mover. Para nosotros nos son sobradamente conocidos los criterios de la LCE e intentamos seguirlos», Vid. op. cit., «comparecencia...» nota 58.

⁶² La insuficiencia del «intento» en respetar los principios básicos de la contratación pública ya se ha demostrado con carácter general en el Reglamento de Contratación respecto a las empresas públicas: ha sido un precepto inútil.

3. La privatización del propio derecho administrativo

Muchas veces se ha escrito que el Derecho administrativo nació como una forma de garantía frente al poder: garantía de los ciudadanos frente a la intervención en sus vidas de los poderes públicos, pero también garantía del Estado (personificación de la nación) frente a las Autoridades (políticos) y funcionarios que en cada momento ocupan el Estado y disponen de la riqueza pública.

Frente al derecho privado, que es el reino de la libertad (autonomía de la voluntad, libertad de disposición) el derecho público está presidido por la sujeción, la vinculación a la norma, la predeterminación de las conductas por el contenido de lo dispuesto en las leyes y reglamentos (principio de legalidad, tipicidad del acto administrativo), por el respeto al principio de igualdad, por la exigencia de control y rendición de cuentas ante órganos y según procedimientos establecidos.

Esta es la esencia del derecho administrativo, que es, así, una mezcla de privilegios y de garantías (ambos en defensa del interés público y de los derechos de los ciudadanos).

Pues bien, frente a todos esos principios inspiradores del derecho público europeo, que son la esencia del Estado de Derecho y como tales se encuentran recogidos en la Constitución de 1978, se ha levantado en los últimos años —como hemos visto— un huracán de reformas del régimen jurídico tradicional de las instituciones administrativas, que ha venido a relajar —a flexibilizar, se dice— ese sistema de garantías, ante el postulado sagrado de la eficacia. Se han expuesto hasta aquí algunas manifestaciones organizativas y funcionales de esa «desadministrativización» de la Administración, pero no son las únicas.

Junto a ellas, está teniendo lugar, en el seno del mismo derecho administrativo, un abandono

o rechazo de esos principios tradicionales del Derecho público, que históricamente se habían considerado esenciales para el sometimiento a Derecho de la actuación pública. Es lo que Garrido ha llamado la «apostasía del Derecho Administrativo»⁶³, que ha experimentado una aceleración y expansión desmesuradas desde 1982, con la llegada del gobierno socialista⁶⁴.

Esta tendencia se extiende por todas las parcelas del Derecho Administrativo: se atenúan los controles financieros, se deslegaliza la competencia para disponer de la riqueza pública, se convierten en regla las excepciones (en la contratación, en la función pública) y se amplían las vías de flexibilización que, de una forma razonable —por ejemplo, en materia presupuestaria— ya preveía el propio Derecho Administrativo⁶⁵.

Sin pretensiones de exhaustividad, nos referimos a continuación a algunos aspectos más destacados de esta —que podríamos llamar— privatización del derecho público.

a) Modificaciones en el régimen general de contratación (Ley de 1965–1973)

Con las Leyes de Presupuestos de 1983 y 1990 y el Decreto legislativo de 2 de mayo de 1986, se eliminaron gradualmente varias garantías importantes en los procedimientos de

⁶³ Expresión utilizada en su artículo «La nueva descentralización», ABC, 17 de febrero de 1992.

⁶⁴ Tal es la opinión, fundada, de algún representante de la oposición como OTERO NOVAS vertida en su artículo «Causas (y remedios) estructurales de la corrupción», ABC, 28 de diciembre de 1992. El socialismo busca, según él, el control político de la sociedad, mediante una triple vía: a) incrementar la intervención en la economía, b) aumentar el control sobre los ciudadanos y c) eliminar las garantías y controles de objetividad sobre los políticos.

⁶⁵ Este abuso de las vías excepcionales de flexibilización del Derecho administrativo ha sido destacada por Laguna de Paz, J.C., en su artículo «La huida del Derecho de las AAPP», EL NORTE DE CASTILLA, 2 de noviembre 1992.

contratación pública⁶⁶, ampliando el grado de discrecionalidad. En particular, se amplía el margen para acudir a la contratación directa, en un doble sentido: a) se triplican los límites monetarios⁶⁷; y b) se elimina la necesidad de que conste en el expediente la justificación por la que se utiliza dicho procedimiento excepcional.

De esta manera, aunque en la ley se mantenga su carácter excepcional, se produce una verdadera «huida del concurso»: en 1989 más de un tercio de las operaciones de la Administración se decidieron por adjudicación directa⁶⁸, con el consiguiente peligro de cohecho⁶⁹, quedando sin garantía los principios que trataba de promover la LCE⁷⁰.

b) Modificaciones en la Ley –y en la práctica– de la Función Pública.

A partir de la Ley de Reforma de 1984, se producen alteraciones muy importantes en la función pública: entre otras, que no podemos ahora comentar, se suprime la contratación administrativa y se fomenta la contratación laboral⁷¹. Esta «laboralización» de la función pública implica la huida de la oposición como procedimiento objetivo de selección del personal. Supone la ampliación de los puestos otorgados según la apreciación subjetiva de la autoridad, es

decir «a dedo» y burlando los principios de mérito y capacidad consagrados por nuestra Constitución.

Por otro lado, se modifica al sistema de retribuciones de los funcionarios, disminuyendo los elementos reglados y ampliándose los discrecionales (complementos de productividad y otras medidas) y se amplía el número de puestos de trabajo de libre designación. Se prodigan los nombramientos de asesores, consejeros y miembros de gabinetes (de designación política, no funcionarios), que constituyen una especie de Administración paralela de confianza.

c) Modificaciones en el régimen patrimonial del Estado.

Aunque este tema será abordado in extenso más adelante⁷², digamos aquí dos palabras, señalando en primer lugar la eliminación progresiva de garantías en el régimen patrimonial mediante la deslegalización total de la competencia para disponer del patrimonio público, incluso de bienes inmuebles, mediante la ley de Presupuestos para 1991⁷³.

Asimismo, aunque la subasta se mantiene como el procedimiento general de venta de

⁶⁶ La evolución legislativa en materia de contratos y la consiguiente disminución de garantías fue recordada recientemente en el Congreso, por OTERO NOVAS, con la propuesta del Grupo Popular relativa a la modificación de la LCE. Vid. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 16 de junio de 1992, n.º 198, pág. 9.678.

⁶⁷ La ley de Presupuestos para 1990 incrementó el límite de la contratación directa hasta los 75 millones.

⁶⁸ Según la Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el tercio de contratos del Estado que siguió los cauces de la adjudicación directa implicó un volumen de 171.043 millones de ptas. Una cifra excesiva. Vid. Del Saz, *op. cit.* nota 3.

⁶⁹ Esto no es una suposición sino una experiencia. El pago de comisiones se reconoce públicamente. Cuando el Ministro Borrell tomó posesión como Ministro de Obras Públicas, se sintió obligado a recoger la idea de un pacto entre la Administración y los contratistas para erradicar el pago de

comisiones en la contratación pública. A tal extremo hemos llegado. Vid. Congreso, 16 de junio 1992.

⁷⁰ Principios tales como la buena administración, la promoción efectiva de la competencia, la selección con criterios objetivos y la adjudicación al más capaz.

⁷¹ Mediante el art. 15 de la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, se acepta de forma generalizada la contratación laboral, mientras que en la Ley de Funcionarios de 1964 tenía carácter excepcional.

⁷² La «desadministrativización» del régimen patrimonial del Estado, mediante la eliminación de sus principios básicos de Derecho público, es descrita en mayor detalle en otra sección de este estudio. Daremos aquí, sólo, una pincelada.

⁷³ En la actual redacción de los arts. 61 y 62 de la LPE, modificados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de 27 de diciembre de 1990, se otorga el Ministerio de Hacienda la competencia para enajenar bienes inmuebles por valor de hasta 3.000 millones de ptas., y al Gobierno en los restantes casos.

inmuebles, se aumenta en 1986 el ámbito «excepcional» de la contratación directa por el Ministerio de Hacienda, hasta un límite de tasación no superior a 1.000 millones de ptas. Y por si esto fuese poco, junto al resto de los supuestos claramente tasados para acudir a esta vía excepcional, se introduce un supuesto de apreciación puramente discrecional, subjetiva, a saber: «cuando por razones excepcionales, resulta más aconsejable para los intereses del Estado la enajenación directa»⁷⁴.

Por otra parte, el principio tradicional de unidad patrimonial y financiera del Estado⁷⁵ ha quebrado con el reconocimiento de auténticas autonomías patrimoniales a los organismos instrumentales. La afirmación de verdaderos «patrimonios propios» lleva aparejada una consecuencia inevitable: facultades plenas de disposición, aunque se sometan a una mayor o menor tutela por la Administración. Y aquí surge de nuevo esa «apostasía del derecho administrativo», manifestada en una tendencia incontrolada hacia la liberalización total, sin restricciones, en la gestión del patrimonio—incluso inmobiliario— de las empresas públicas. De esta manera la degradación del Derecho Administrativo afecta a uno de sus pilares básicos: la unidad del patrimonio público. La autonomía patrimonial de las entidades públicas no se refiere únicamente a los bienes patrimoniales. Se puede hablar incluso de un dominio público que pertenece a las entidades públicas⁷⁶. Tras su desafectación, no revierte al Estado sino que es gestionado por dicha entidad pública. El problema es la ausencia de garantías que históricamente se han vinculado a la afectación, gestión y desafectación del dominio público estatal.

⁷⁴ Ley 21/1986, de 23 de diciembre, desarrollada por Real Decreto 1269/1987, de 31 de julio, que da nueva redacción a los artículos 116, 117 y 135 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado. *Vid.* Comentarios de Ramón Parada, en el capítulo «Los bienes de la Administración», pág. 19, de su obra DERECHO ADMINISTRATIVO III, 4ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

⁷⁵ *Vid.* sobre este punto ARIÑO ORTIZ, G., «La Administración Institucional. Bases de su Régimen Jurídico». Madrid, 1972, especialmente Capítulo XI, págs. 339 a 397.

d) Relajación o quiebra de los principios presupuestarios

Los principios cardinales sobre los que se asientan nuestras leyes financieras han sido desde hace más de un siglo los mismos; con adaptaciones, flexibilizaciones y correcciones si se quiere, el sistema ha permanecido en las Leyes en sus líneas esenciales. La vigente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, vino a sustituir y renovar nuestra vieja Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 de Tirso Rodríguez, que a su vez traía origen de las anteriores versiones de 1893, 1870 y 1850, todas ellas con principios y criterios muy permanentes tanto en la elaboración como la ejecución de los Presupuestos de cada año.

En efecto, nuestras antiguas Leyes de Administración y Contabilidad, desde la de 1850, hasta la actual Ley General Presupuestaria han sido siempre la norma básica del régimen jurídico de la Hacienda Pública, no sólo en el orden presupuestario o financiero, sino también en el orden patrimonial, de contratación o de control del sector empresarial, industrial o mercantil del Estado. En la actualidad, la LGP trata de dar unidad, desde un punto de vista patrimonial y económico-financiero, a la acción del Estado, cualesquiera que sean las formas y procedimientos que aquella revista. En este sentido, la Ley contempla la totalidad de la acción del Estado bajo un específico aspecto: el financiero. Pero esta aspiración se ve desmentida una y otra vez por las excepciones cada vez más numerosas, cada vez más amplias.

⁷⁶ Con la afirmación de los «patrimonios propios» de los organismos instrumentales se plantea el problema: ¿pueden ser titulares de bienes de dominio público? Esta cuestión ha sido largamente debatida en Derecho francés, pero no en Derecho español. *Vid.* Díaz Lema, *op. cit.*, nota 192. De hecho, en España la legalidad ha obviado cualquier debate doctrinal, al eliminar la reversión al Patrimonio del Estado de los bienes de las empresas públicas que dejan de ser necesarios para un uso o un servicio público.

En Derecho Administrativo, el principio de legalidad se formula en un doble aspecto: en el aspecto sustantivo, en cuanto atribución genérica de potestad, y en el aspecto financiero, en cuanto autorización económica necesaria para toda actividad que entrañe un gasto. La legalidad sustantiva supone la asignación genérica de fines y la atribución de competencias específicas para cumplirlos, realizada a través de leyes ordinarias. La legalidad financiera supone, en el marco genérico de la anterior, la determinación cuantitativa de la medida en que los fines deben ser conseguidos, o si se quiere, la determinación cifrada de los créditos asignados a cada órgano para la concesión de sus fines, realizada a través de la Ley de Presupuestos u otras leyes especiales de autorización de gastos.

Técnicamente, el principio de legalidad financiera se formula y expresa en estos otros cuatro:

1) Principio de preclusión: La Administración no puede realizar ningún gasto por encima de los previstos en la respectiva consignación presupuestaria. El principio de preclusión del gasto, que es la esencia misma de la legalidad presupuestaria, aparece formulado con toda claridad en el art. 60 de la LGP, al decir:

«Los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos tienen carácter limitativo y, por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar».

2) Principio de especialidad: La autorización del gasto no se da en bloque, sino por categorías, y los créditos concedidos para un gasto no pueden ser utilizados para otro destino. Las distintas categorías —la llamada unidad de crédito— pueden ser más o menos detalladas según el grado de especialidad del presupuesto.

3) Principio de anualidad: La autorización es siempre temporal y por un plazo breve (un año, dos años), al final del cual deben anularse los créditos de los que no se hubiese hecho uso, salvo que la propia Ley autorice su permanencia.

4) Principio de unidad de patrimonio y de universalidad del presupuesto: Es aquél según el cual todos los ingresos y gastos del Estado deben constar en el Presupuesto, que es el documento totalizador de la actividad económica del Estado, esto es, «la expresión cifrada limitativa de los créditos públicos y el cálculo de los recursos disponibles para atenderlos también en su totalidad y solidariamente, y no mediante la adscripción de algunos de ellos a servicios determinados.

Tales eran los términos en que el principio de legalidad presupuestaria se articulaba en el llamado «Estado Legislativo», que es en el que nace y se desarrolla el Estado de Derecho. Desde la perspectiva política, ello significaba que el Ejecutivo no puede llevar a cabo actuación económico-financiera alguna, sin obtener previamente una autorización del Parlamento para disponer de los fondos (o bienes) públicos que aquélla suponga. Teóricamente, tal principio no tenía excepciones. La razón estriba en que doctrinalmente, y con carácter general, se entiende que la Administración no es el «dominus», sino el «gestor», el administrador, no tiene la propiedad del Poder, sino su gestión subordinada: no debe disponer, sino solamente administrar. Por ello, constitucionalmente, la función administrativa se configurará como ejecutora de las leyes; aun más, en estas materias se le marcará incluso cuál ha de ser el camino y el sendero de esa ejecución, a qué motivos concretos debe estar referida y cuáles son los límites que por ningún motivo debe traspasar.

Por eso, suele decirse que las Leyes de Presupuestos eran, en todos los Parlamentos europeos la ocasión de someter a debate la política general del país. Su discusión en Cortes, partida por partida, constituía el formidable

instrumento de control parlamentario de la actuación administrativa. Ante el frecuentemente incumplido principio de legalidad en el orden de la actividad administrativa (la necesidad de previo apoderamiento legal), va a ser justamente la legalidad presupuestaria la que sirva de instrumento de control material. De ahí que en el siglo XIX estas materias fueran centrales y ocuparan una gran parte de la actividad parlamentaria.

Sin embargo, a lo largo de los últimos años, la doctrina ha sido unánime en señalar el fenómeno del progresivo debilitamiento de los Parlamentos, consecuencia de la reunificación y creciente complejidad de las tareas del Gobierno, que ha dejado en inferioridad de condiciones a los titulares del poder legislativo, frente a los miembros del ejecutivo. El modelo del «Estado legislativo» ha entrado irremediamente en crisis, especialmente en el orden económico y financiero, y así, a medida que los Estados han ido asumiendo la dirección y el protagonismo de la vida económica y las tareas de asistencia vital, ha habido muchas materias que han escapado a la iniciativa del Parlamento, porque en tales materias de política económico-social, se exige un saber especializado del que normalmente los parlamentarios carecen. Estos carecen también, en muchos casos, de la información suficiente para llegar a decisiones racionales. Y aún cuando la tengan, por las características mismas de la Institución (número de sus miembros, reglas de actuación, carencia de servicios de apoyo, etc.) el Parlamento, en todos los países, se ha mostrado absolutamente incapaz de asumir o decidir las nuevas tareas. Se han invertido así los papeles: el Gobierno ha pasado de ser el ejecutor de la política a ser el formulador de la misma, en campos cada vez más amplios. Y las asambleas de representantes elegidos han tenido que, o bien otorgar amplias y constantes «delegaciones en blanco» a los gobiernos, o bien limitarse a asentir sin más (o con leves alteraciones) a los planes y programas del Gobierno. Las discusiones presupuestarias, hoy, en el Parlamento, son

bastante inútiles. De hecho, ni siquiera los Ministros acuden a defender sus «secciones»⁷⁷. Hay, al comienzo del proceso, un debate de política económica general, que lleva el Ministro de Economía y Hacienda con los jefes de la oposición. El resto es un aburrido trámite que sirve de poco.

En materias económico-sociales, que son las que constituyen hoy el núcleo de la actividad del Estado, hemos asistido a un desplazamiento del poder de decisión desde el Legislativo al Gobierno y a la Administración. Esto es algo que nadie puede seriamente negar. Hoy, el ejercicio del poder político y económico por el Gobierno no es sólo «administración» sino auténtica «disposición».

El imparable incremento del sector público y la transferencia al Estado de grandes masas de dinero que le permitan hacer frente a sus actividades de prestación directa, han supuesto un impacto de primer orden en la legalidad presupuestaria tradicional. El principio del mínimo gasto o el principio de equilibrio serán científicamente criticados y progresivamente incumplidos.

Por lo que al principio de especialidad se refiere, su crisis ha sido una consecuencia más del aumento y complejidad del sector público. La ingente acción estatal ha desbordado las capacidades de la Administración, cuyos medios orgánicos y de personal resultaban absolutamente insuficientes, incapaces de prever y programar las tareas a realizar con la antelación suficiente para determinar exactamente los costes del servicio y, por ende, las necesidades de créditos presupuestarios.

⁷⁷ Quien esto escribe ha tenido de ello experiencia directa. En la discusión presupuestaria de noviembre de 1990 (Presupuesto 1991) lo denunció con reiteración en sus intervenciones. Hoy -1993- parece que los Señores Ministros han «vuelto» al banco azul.

¿Qué ha supuesto todo ello desde la perspectiva del principio de legalidad?. Pues una de estas dos cosas: o que el legislativo se veía forzado a conceder amplios márgenes de acción al ejecutivo para que éste pudiera ir rectificando, al compás de la coyuntura, unas previsiones deficientemente calculadas, o que la Administración se viera encorsetada en su actuación y sin posibilidad de cubrir las necesidades públicas de un modo legal. Esto es, o se ampliaba el ámbito legal de actuación, o la Administración se paralizaba, o se incumplía la Ley.

De estas tres opciones, evidentemente la mejor era la primera. Son conocidos los medios a través de los que se ha llegado a estos apoderamientos globales financieros: créditos globales con reservas de distribución, créditos ampliables, fácil concesión de créditos extraordinarios, consignaciones de imprevistos, fondos reservados y, sobre todo, una progresiva «huida» del régimen general presupuestario, mediante la creación de Entes públicos y privados exentos del control clásico de ingresos y gastos.

Como la Ley General Presupuestaria contenía unas garantías y controles que ataban demasiado, es relevante destacar que desde 1984 la normativa general presupuestaria ha sufrido cada año por medio de la Ley de Presupuestos, una continua y general modificación que ha terminado por desnaturalizar los instrumentos de control de los fondos públicos previstos en la Ley General. Otero Novas ha contado la historia de esta progresiva «libertad presupuestaria»⁷⁸. El Gobierno consiguió una habilitación parlamentaria para modificarla por Decreto, cosa que sucedió el 23 de septiembre de 1988. La Exposición de Motivos seguía todavía postulando que la Ley General Presupuestaria sería la «norma fundamental de la Hacienda Pública», como «normativa permanente», de acuerdo con «el

principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución». Pero eso eran palabras.

La misma semana en que se aprobó ese Decreto, se remitía a las Cortes el Proyecto de Presupuestos para 1989 donde se derogaban para ese año «los principios permanentes» de la Ley General Presupuestaria. Lo mismo aconteció en la Ley de Presupuestos para 1990 y 1991.

En concreto, el art. 10 de la Ley de Presupuestos para 1990, creía introducir una innovadora medida de autocontrol del gasto público que en realidad no es más que la aplicación deformada de un principio de preclusión global, que desnaturaliza el control presupuestario; dice así:

«El conjunto de las obligaciones reconocidas en 1990 con cargo al Presupuesto del Estado y referidas a operaciones no financieras, excluidas las derivadas de los créditos extraordinarios y suplementos de créditos aprobados por las Cortes, y de las generaciones de créditos financiadas con ingresos previos, no podrán superar la cuantía total de los créditos inicialmente aprobados para atender dichas operaciones no financieras en el Presupuesto del Estado».

Con este texto, el principio de especialidad desaparece y el de preclusión, en la práctica, se esfuma.

La Ley de Presupuestos para 1991 reproduce nuevamente este artículo. En defensa de esta medida ha surgido alguna voz como la de Julio Gómez-Pomar, Director del Gabinete de la Secretaría General de Planificación y Presupuestos, quien afirmó que «es en la Ley de Presupuestos del Estado para 1990 donde se da, también por primera vez, un rango legal a la limitación de una potestad de reconocimiento de obligaciones financieras como mecanismo no sólo de control de la gestión y evolución del gasto público, sino también, y principalmente,

⁷⁸ J.M. Otero, «Libertad presupuestaria para el poder», Diario ABC, 27 de noviembre de 1990.

como mecanismo de control efectivo del déficit público»⁷⁹.

Esto, según la realidad ha demostrado, es un grave error. Antes bien, este artículo —como señaló Otero Novas— degrada, para 1990 y 1991 la disciplina presupuestaria vigente en España desde el artículo 29 de la Ley de 1911 y actualmente contenida en los arts. 59 y 60 de la LGP (principio de especialidad y preclusión —no global, sino por artículos y conceptos—del gasto público autorizado).

En favor de esta supuesta medida innovadora Gómez-Pomar ha declarado ingenuamente que «la primera consecuencia que se desprende de este mandato taxativo es la necesidad de presupuestar con rigor los requerimientos de gasto del ejercicio. El art. 10 —dice— exige que el reconocimiento de obligaciones del Estado se acomode en el sentido de que no supere, al total de los créditos iniciales. Por tanto, está limitando, de hecho, la posibilidad de que existan desviaciones importantes entre el Presupuesto aprobado por las Cortes y el presupuesto finalmente liquidado». La realidad ha sido la contraria: los presupuestos se han liquidado en estos años con déficits astronómicos, muy por encima de las previsiones que se habían hecho. En el último Informe anual del Tribunal de Cuentas presentado a las Cámaras en 1993 se señala que las modificaciones en los créditos autorizados (Presupuesto 1989) afectaron prácticamente al 60% de las aplicaciones presupuestarias vinculantes, lo cual es expresivo —dice el Tribunal— «de la creciente relativización del término «vinculante» en cuanto expresión de los efectos limitativos del presupuesto respecto al gasto público». Y en el año 1993 el déficit público ¡se duplicó...!: paso de 3,5 % previsto a un 7 % del PIB.

Y es que como ya se ha dicho —y así lo exige la normativa general presupuestaria— las limitaciones de gasto no deben ser genéricas sino que deben aplicarse «concepto por concepto o artículo por artículo y afectan a todo tipo de gastos, financieros y no financieros; se aplican incluso a los meros compromisos de gastos y se sancionan con rigurosa nulidad y exigencia de responsabilidad por los actos contrarios a sus autores». Sin embargo, la citada reforma para 1990 y 1991, sólo exige la preclusión en cuanto a la globalidad del presupuesto y exclusivamente respecto a los gastos no financieros y a las obligaciones reconocidas, sin presión alguna de sanción para sus contravenciones. Y aún así se les añaden excepciones sin límite cuantitativo⁸⁰.

Por otra parte, el alcance real de los poderes de control del Parlamento sobre el contenido de los Presupuestos ha quedado nuevamente reducido, ya que los artículos 8 y 9 de la Ley de Presupuestos para 1991 concedían la facultad de modificar partidas que el Parlamento hubiera llegado a aprobar en los debates de los Presupuestos, convirtiendo así en poco menos que ridículos los debates sobre esas partidas, que pueden ser objeto de modificación posterior. Si es así, ¿para qué discutir tanto?.

La quiebra de los principios presupuestarios clásicos no es solo una cuestión de principios o estrictamente doctrinal, sino que tiene una nada despreciable importancia práctica. Según datos oficiales recogidos por Otero Novas⁸¹, a 30 de junio de 1990 se habían operado modificaciones de créditos presupuestarios en aquel ejercicio por importe —¡nada menos!— de 744.400 millones de pesetas que se destinarían a cubrir los gastos extraordinarios a que da lugar la excesiva flexibilidad presupuestaria⁸². Y en los dos meses de julio y agosto de aquel año, pese a ser el de

⁷⁹ Gómez-Pomar Rodríguez, Julio. «Algunos aspectos relevantes de la Ley de Presupuestos: el control del gasto y la financiación del déficit público», Madrid, 1991.

⁸⁰ Vid. la denuncia que hizo Otero Novas, J.M., ABC, 27 de noviembre de 1990.

⁸¹ Otero Novas, J.M., ABC, 27 de noviembre de 1990.

⁸² Según otras fuentes el importe de los créditos extraordinarios aprobados en los últimos años oscila entre los 700.000 y el billón de pesetas. CINCO DIAS, 11 de mayor de 1989.

agosto mes vacacional, se modificaron créditos presupuestarios por importe de otros 678.890 millones de ptas. (250.000 financieros y 420.000 no financieros).

Por todo ello, hace tiempo que los expertos en Hacienda han descubierto que el Presupuesto es en cierto modo una ficción. Las decisiones sobre ingresos y gastos públicos, se adoptan en función de relaciones políticas de fuerza, que imponen mayores partidas para unos departamentos en perjuicios de otros. Cuando esto no sucede, se efectúan delicadas operaciones de maquillaje con el fin de presentar cuentas favorables ante la opinión pública y los organismos internacionales.

El derecho público, en este contexto, es sólo un adorno. El Estado, según estos criterios, actúa con la misma libertad de disposición sobre los fondos y los bienes públicos, que la que tiene el dueño sobre su patrimonio, con la diferencia de que su legitimidad no es la propiedad, sino el proceso político-electoral. Una vez ganadas las elecciones, el poder del Gobierno en España es absoluto. Ahora bien, esto es la antítesis del Estado de Derecho.

e) La desnaturalización del control previo del gasto público

Consecuentemente con cuanto se acaba de decir, el descontrol del gasto público constituye uno de los temas más graves del Estado español. Las tres instituciones que en España han controlado siempre el gasto son: el Parlamento, la Intervención General del Estado y el Tribunal de Cuentas. Ninguna de las tres goza actualmente de buena salud, lo que da lugar a la falta de todo control.

En la ortodoxa concepción del Estado —esto es, en el Estado de Derecho— el «dinero del contribuyente» era tan sagrado, que su control debía ser permanente. Antes de realizarse el gasto existía un control previo —interno— para

comprobar que aquél estaba previsto: tenía crédito presupuestario. Este control lo llevaba a cabo la Intervención General de la Administración del Estado, que tenía como función específica la fiscalización previa y crítica del gasto y gozaba en España de viejo arraigo y reconocido prestigio. A pesar de que su labor era ingrata, por la dureza de la función que ejercía —en muchas ocasiones había que decir no—, mereció siempre el respeto y la consideración de las Autoridades de todo tipo⁸³.

Después de realizarse el gasto, éste era nuevamente controlado pero ahora por un órgano externo a la propia Administración —control externo— que es el Tribunal de Cuentas. En todos los países organizados operan, con uno u otro nombre, órganos de similar cometido, dotados de un Estatuto jurídico que asegure su autonomía e independencia en el ejercicio de su función. La razón es evidente: deben ser inmunes frente al poder político, pues es a éste, precisamente, al que tienen que controlar; los dineros públicos tiene que estar protegidos contra las malversaciones, los errores o sencillamente las alegrías de todo aquel que tira con pólvora del Rey. Sin órganos de esta naturaleza no es difícil imaginar cuál podría ser el destino de los caudales públicos.

Estos controles han existido siempre en nuestro país, pero hoy la realidad de los mismos se ha degradado.

La desviación, como hemos dicho, entre los Presupuestos aprobados por el Parlamento y su efectiva ejecución, crece cada año y excede probablemente lo que sería aconsejable en esta materia. El control parlamentario del gasto público es hoy una falacia. Tanto si hay mayoría absoluta, convertida en longa manus del Gobierno, como si se consolida un pacto de

⁸³ Aún en épocas de gobierno autoritario, en España las más altas autoridades han respaldado siempre a la Intervención en sus conflictos frente los ordenadores del gasto, porque era prudente y sabio hacerlo así.

legislatura entre una coalición de partidos, el Parlamento es lo que los americanos llaman «ruber-stamp»: se dedica a justificar y dar validez, a priori o a posteriori, a cualquier gasto público que haya sido realizado o quiera realizar el Gobierno.

El control, si se quiere de verdad que exista, lo debe ejercer la oposición, aunque ya vimos en el epígrafe anterior las dificultades con las que se encuentra al ejercer este control a través de la elaboración, discusión y aprobación de la Ley de Presupuestos. Pero es que además, ese control resulta muy difícil si no existen órganos independientes y autónomos capaces de llevar la ejecución y el control contable de los ingresos y pagos del Estado, en el marco de unas reglas previamente aprobadas.

Son alarmantes los datos de los últimos años sobre las irregularidades que de modo creciente se cometen en España en la gestión de fondos públicos. Y más alarmantes que los hechos en sí, resulta la tendencia de nuestra legislación en este campo. Por un lado, se ha producido un crecimiento desmesurado de los gastos reales del Estado; por otro, al mismo tiempo, disminuían los efectivos y las funciones de la Intervención General para el control de aquéllas.

Los efectivos de la Intervención para el control de los mismos disminuían: en 1982 la función de control la ejercían 201 Interventores, que pasaban a ser 150 en 1987. Podrán buscarse las explicaciones que se quiera a este hecho (la fusión de Cuerpos, la fuga de talentos hacia el sector privado, su traslado a otras funciones, etc.), pero todo ello no quita gravedad al resultado, que es este: la incapacidad material de controlar el gasto público creciente, lo cual es preocupante.

Por otro lado, si examinamos la reciente evolución de las funciones interventoras constataremos que las que realmente controlan el gasto se han ido progresivamente reduciendo.

Primero se privó a la Intervención de la contabilidad pública, que hoy es llevada directamente por los organismos a los que hay que controlar. Ello fue fruto de una de las posturas enfrentadas mantenidas en el Consejo de Ministros. El Ministerio de Administraciones Públicas entendían que el control y la responsabilidad del gasto debía recaer sobre los gestores del mismo. Economía y Hacienda, por el contrario eran partidarios de la doctrina clásica según la cuál el control del gasto es responsabilidad de Interventores independientes, tanto en el aspecto de su legalidad (saber si se cumple con la normativa), como en la fase posterior, para comprobar su buen o mal fin y la responsabilidad de quienes la hayan otorgado y gastado mal. Finalmente, la Comisión Delegada para Asuntos Económicos rechazaba el anteproyecto de Ley de Presupuestos del Estado para 1990 en el que se plasmaba la nueva normativa propuesta por el Interventor General de la Administración del Estado⁸⁴.

Dicha nueva normativa daba competencias a la Intervención General de la Administración del Estado para comprobar la adecuada y correcta obtención y utilización de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas del Estado y de sus organismos autónomos a sociedades mercantiles, empresas y particulares, así como el cumplimiento, de los objetivos que con ellas se pretendieran avanzar. Entre las novedades que aportaba ese capítulo tercero, se facultaba a los interventores para que actuasen de oficio, levantando acta de control financiero, ante cualquier irregularidad que observasen, sin necesidad de esperar a que terminara el ejercicio y una auditoría posterior, pudiera o no detectar dicha irregularidad. Pero, como digo, dicha normativa fue rechazada.

Junto a ello, han sido retiradas poco a poco las intervenciones de algunas entidades públicas en las que hasta entonces la Intervención venía

⁸⁴ El Mundo, 25 de febrero de 1990.

desarrollando su función; más adelante se excluyeron nuevas operaciones de intervención previa en organismos públicos y entes como RTVE, o en empresas como RENFE y FEVE, y se limitó ésta a algunos requisitos superficiales que impiden desarrollar a fondo el control. Por otra parte, se suprimió el efecto suspensivo que en la tramitación de los expedientes tenían las objeciones o reparos formulados por la Intervención. Finalmente se inventó para estos casos de «fiscalización limitada» la técnica, un tanto risible, de la intervención por muestreo, en la que no se examinan todos los expedientes de gasto, sino sólo algunos, que es algo completamente opuesto a lo que debe ser el control de fondos públicos. Los «muestreos» están bien para planteamientos comerciales privados en los que pueden adoptarse decisiones de productividad o rentabilidad económica en base a un cálculo estadístico; pero el Estado de Derecho, la moralidad o inmoralidad de la gestión pública, no pueden apreciarse en porcentajes de número de expedientes. De nuevo esa asimilación al «mundo privado» que tanto seduce a algunos políticos a medio educar, resulta perniciosa.

Todo ello se ha pretendido justificar con el eslogan de siempre: «modernizar el control», sustituir el viejo control previo de la legalidad del gasto por un control financiero, de «eficacia» en la gestión; por un sistema de auditorías –dicen– que sea capaz de valorar la gestión. Ahora bien, aunque es deseo de todos el «modernizar» nuestra Administración, el Estado será siempre el Estado, regulado por el derecho público, que no es un «invento» del siglo XIX, sino destilación de la experiencia histórica. El viejo patriarca Adam Smith ya lo advertía: «siendo gestores del dinero ajeno, y no del propio, difícilmente puede esperarse que lo cuiden con la misma viva diligencia que suelen desplegar los miembros de una sociedad privada para vigilar sus fondos...».

De ahí que el control resulte a todas luces necesario, y su falta conduzca al despilfarro. En algunos medios⁸⁵ se ha criticado que, de todas

formas, no es seguro que una vuelta a los controles previos a cargo de la Intervención General, que, según se indica, «se limita a comprobar si un determinado gasto encaja en alguno de los capítulos del presupuesto, sea el procedimiento más eficaz contra el actual despilfarro, entre otras cosas porque añadiría lentitud a una máquina administrativa ya de por sí bastante pesada». Detrás de tales palabras, en el mejor de los casos, lo que hay es poco conocimiento de la historia (y también de la modernidad). A poca información que se tenga de los acontecimientos del tiempo presente, se comprueba que tras las mágicas palabras de «celeridad y eficacia» se ocultan numerosos atropellos a las garantías de los contribuyentes.

Por lo demás, tampoco con esas medidas de flexibilización de la fiscalización previa se consigue la eficacia (lo que se consigue es que el control desaparezca). El control de eficacia es imposible en el actual estado de nuestra contabilidad pública: éste exigiría una contabilidad analítica de costes y una previsión anticipada de objetivos e indicadores de resultados, que es inexistente. El control de oportunidad resultaría no sólo imposible, sino improcedente y seguramente inconstitucional en nuestro actual sistema político administrativo. Y las auditorías son sencillamente otra cosa, no un control. Pueden ser un instrumento que ayude a los controles a posteriori y justifique un proceso de responsabilidad política, pero por su misma naturaleza, porque están pensadas para realidades diferentes y porque en todo caso se llevan a cabo cuando el gasto está ya ejecutado, no constituyen mecanismos que puedan sustituir a las técnicas de defensa de la legalidad. Lo cierto es que hoy, a medida que se produce este progresivo vaciamiento de la función interventora, el gestor público dispone de un amplio campo de arbitrariedad a la hora de gastar el dinero del contribuyente y la sociedad va teniendo paralela constancia del disparate derrochador de nuestros gobernantes.

⁸⁵ El País, 29 enero 1992.

Este progresivo vaciamiento legal de la función interventora viene a fundar una sospecha: no hay verdadera voluntad política de resolver el problema del control. Si uno reflexiona sobre la evolución reciente de las funciones interventoras, constata que las importantes, las que realmente controlaban el gasto, se van progresivamente reduciendo. Se comprueba que se han ido dando pasos sucesivos para neutralizar a estos incómodos personajes.

Por lo que se refiere al control llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas, un tratamiento mínimo de éste requeriría una extensión que ahora no podemos permitirnos. Junto a lo ya dicho supra (*vid.*, nota 40 de este Capítulo), añadamos sólo ahora que es difícil que éste se produzca sin el anterior, porque este Alto Organismo del Estado actúa básicamente utilizando la información y documentación que le suministra la Intervención General, hoy, como hemos visto, bastante escasa e imprecisa. Resulta además, que la actividad de control externo del gasto público encomendada al Tribunal por la Constitución y regulada por su Ley Orgánica, ha sido desnaturalizada al promulgarse su Ley de Funcionamiento. Según ésta, los resultados de la fiscalización, que anteriormente se realizaban con carácter individual para cada cuentadante y que se han remitido así a las Cortes, se incorporan en la actualidad, con carácter general, en una Memoria o Informe anual que contempla toda la actividad del Tribunal, limitándose así la fiscalización, o al menos la exposición de la misma, que ha de efectuarse en apretada síntesis. De este modo, la actividad de control externo del sector público encomendado constitucionalmente al Tribunal de Cuentas se ha convertido en mero instrumento del control parlamentario —inexistente, según vimos— y no en un control independiente y de naturaleza distinta de éste.

El resultado de todo ello es que el Tribunal de Cuentas lleva a cabo su misión sin infra-

estructuras, sin medios, sin la preparación del depurado control de la Intervención y con la voluntad política de hacérselo realmente difícil, si no imposible.

La responsabilidad de carácter administrativo o político sobre el gasto público hoy no existe. El Gobierno realiza el gasto público como considera conveniente sin más control que el que él mismo se quiera imponer. El resultado de todo ello, a la vista está: cada día aparece en los periódicos un nuevo escándalo.

7. Conclusión Provisional

La conclusión viene por sí sola: ya sea mediante la actuación a través de Entes diversos, que someten toda o parte de su actividad al Derecho Privado, ya sea mediante la actuación bajo unas devaluadas reglas de derecho público (un derecho administrativo progresivamente relajado), el resultado es el mismo: el Estado se ve progresivamente «privatizado» y actúa fuera de todo efectivo control. Todo ello, en aras de esa suprema razón que es la «eficiencia». A ella se sacrifica cualquier garantía de objetividad, legalidad, igualdad y, en definitiva, justicia, que han sido puestas en grave crisis con la «privatización del Estado».

No parece que pueda discutirse esta conclusión. Más adelante se analizará, desde un punto de vista jurídico y político la procedencia o improcedencia de este planteamiento; y aún desde un punto de vista económico —de la eficiencia económica— la conveniencia o inconveniencia de tales soluciones. Antes, sin embargo, nos parece interesante traer aquí una muestra de la fenomenología reciente —referida al régimen del patrimonio inmobiliario— a la que han dado lugar estos planteamientos privatizadores de las instituciones públicas y sus actuaciones.

III. UN TEMA TESTIGO: LA GESTION INMOBILIARIA DE LAS EMPRESAS PUBLICAS

Constituye este uno de los temas más llamativos, dentro de las diversas manifestaciones actuales de ese proceso generalizado de «huida del Derecho Administrativo». Merece nuestra atención por varios motivos.

En primer lugar, por la magnitud cuantitativa del fenómeno: junto a los 2'4 billones de ptas. en que, aproximadamente, se valora el patrimonio inmobiliario del Estado⁸⁶, los entes públicos más importantes —INI, INH, Argentaria, Renfe— manejan con total libertad inmensas masas patrimoniales (posiblemente, otro tanto), en un constante e incontrolado tráfico inmobiliario⁸⁷. Sólo el patrimonio inmobiliario de Renfe ya alcanza la valoración de medio billón de ptas.⁸⁸. Y otro tanto ocurre con Correos y Telégrafos, con Puertos del Estado o la Gerencia de Infraestructura de la Defensa. Los riesgos asociados a esta situación son patentes y se reflejan en la frecuencia con que, en los últimos tiempos aparecen en los medios de comunicación, referidos al Estado y sus empresas, términos como «despilfarro», «dilapidación del patrimonio público», «malversación», «especulación inmobiliaria», «comisiones», etc.

En segundo lugar, la relevancia pública alcanzada por algunos casos más llamativos⁸⁹, ha ilustrado claramente la problemática aquí estudiada, de la inadecuación del régimen patrimonial de las AAPP, tanto en la falta de

garantías reales como por su inaplicación a las empresas públicas.

Y en tercer lugar, por ser una cuestión de máxima urgencia. Si siempre es necesario que el Derecho se acomode cuanto antes a la realidad, en este caso el factor «tiempo» juega una baza de especial relevancia, ya que el efecto permanente, estructural, de las enajenaciones inmobiliarias puede entrar en conflicto con la visión a corto plazo que suele dominar al gestor público —siempre «oportunistas» y «temporeros»—. Por ello, retrasos en la regulación adecuada de este fenómeno se podrían traducir en una vertiginosa depauperación del Estado español, cuyo patrimonio se ha venido acumulando durante siglos.

En la legislación vigente existe cierta confusión —por no decir laguna— sobre los criterios que deben guiar la gestión de los bienes inmuebles de las entidades públicas. Los criterios tradicionales que presidían la política inmobiliaria del Estado —centralización, conservación, garantías frente a su enajenación— han experimentado en los últimos años una quiebra casi absoluta. Como respuesta, se alega que dado su sometimiento al Derecho Privado, las entidades públicas tienen plenas facultades de disposición sobre su patrimonio inmobiliario; y que el Estado, a su vez, debe funcionar como una empresa y «desamortizar» parte de su riqueza inmobiliaria. Pero todo esto es una explicación insuficiente, cuando no una verdadera falacia, como vamos a ver.

CINCO DIAS, 11 de enero de 1992

⁸⁶ Valoración correspondiente al inventario realizado por la Sociedad Estatal de Gestión para la Rehabilitación y Construcción de Viviendas (SGV): Vid. CINCO DIAS, 11 de enero de 1992.

⁸⁷ Tema paralelo es la disminución de controles en la gestión del patrimonio inmobiliario del Estado mismo. Por ejemplo, en las ventas de inmuebles del Patrimonio del Estado efectuadas entre 1988 y 1992, con un valor total de 11.000 millones de ptas., se ha disparado la proporción de adjudicación directa frente a la subasta.

⁸⁸ Valoración correspondiente al inventario realizado por su filial INECO. ABC, 19 de junio de 1992. Renfe es hoy la primera empresa inmobiliaria del país, con más de 450 millones de metros cuadrados de suelo urbano, situado en centros urbanos de más de 50.000 habitantes y miles de viviendas de su propiedad, arrendadas a sus empleados.

⁸⁹ Vid. más adelante, las referencias al dictamen sobre el «escándalo Renfe»: 1) régimen patrimonial de las AAPP, y 2) la empresa pública y su huida al Derecho Privado.

En realidad, el denso y arriesgado tráfico inmobiliario de las empresas públicas obedece a razones muy diversas. Entre ellas, las tres siguientes:

- 1.º—La eficiencia, como criterio «declarado».
- 2.º—La especulación, como criterio «inconfesable».
- 3.º—La obtención de recursos atípicos, como criterio «contable».

1. La eficiencia como criterio declarado. Crítica.

La razón favorita en medios oficiales para justificar la movilidad del patrimonio inmobiliario de los grupos públicos es la famosa eficiencia económica. Y así, frente a «recursos ociosos, congelados, infrautilizados» se alude una y otra vez a expresiones como «optimización, rentabilización, racionalización, reestructuración, modernización, dinamización de los patrimonios inmobiliarios públicos».

⁹⁰ La necesidad de procedimientos objetivos y transparentes es general en todos los campos de la actuación pública. En caso contrario, se produce inevitablemente la manipulación de los criterios—incluso de los más técnicos— y el peligro de un trato de favor a unas empresas respecto a otras. Tal ha sido, al parecer, el caso de Siemens y Althom en las contrataciones del AVE. Las irregularidades, temidas, se confirmaron posteriormente, una vez que se abrió el secreto del sumario sobre el caso FILESA, ante la aparición de comisiones ilegales entregadas por estas empresas a personas allegadas al Gobierno o al partido socialista. Volviendo a la importancia del procedimiento, destaca la pregunta del portavoz del grupo parlamentario CiU sobre el proceso de gestión del grupo de proyectistas que establecen los análisis de multicriterio y los baremos para la adjudicación de contratos por parte de Renfe. Vid., «Comparecencia de la Presidencia de Renfe», Diario de SESIONES DEL CONGRESO, 10 de febrero de 1993.

⁹¹ Dicha política inmobiliaria se ha visto favorecida por la reciente regulación de los diferentes Entes Públicos, que por ley se someten al Derecho Privado. Tanto la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, de 1987, como el Estatuto de la Cruz Roja, de 1988, reconocen la autonomía patrimonial de RENFE y de la Cruz Roja, respectivamente, incluyendo plenas facultades de disposición sobre sus bienes inmuebles. Incluso antes del escándalo de San Sebastián de los Reyes, la política inmobiliaria de RENFE—que como ya se ha dicho maneja un patrimonio inmobiliario que supera los 500.000 millones de pts.— ha sido muy cuestionada, poniendo en marcha los

Sin quitarle mérito a la relevancia de este criterio en toda gestión inmobiliaria, conviene realizar ciertas matizaciones al mismo:

a) En primer lugar, en el plano de los principios, hay que decir que en la vida del Estado, la eficiencia económica no es principal valor. Para que dicho objetivo sea legítimo, es imprescindible establecer un procedimiento transparente que encauce las operaciones inmobiliarias e incluya garantías para la defensa de la justicia, la igualdad y los intereses de la Hacienda, así como también mecanismos de control a posteriori para su verificación. Ante la ausencia de estas garantías, sea por mala fe o por incompetencia, los hechos de la experiencia arrojan serias dudas sobre el logro de la presunta eficiencia⁹⁰.

Entre los múltiples casos recientes, en los que se ha manifestado una insuficiencia de las garantías, se encuentra la política inmobiliaria autónoma de entes públicos como RENFE⁹¹ y la Cruz Roja⁹². En la situación de descontrol actual, existe una elevada probabilidad de obtener resultados contrarios a la eficiencia deseada; como ha denunciado un buen conocedor del

mecanismos de control parlamentario. Vid. por ejemplo, ya en 1989, las preguntas al Subsecretario de Transporte, Turismo y Telecomunicaciones (Pérez Touriño) sobre los criterios de valoración seguidos por RENFE para la venta de su patrimonio. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, Comisiones, 7 de marzo de 1989, n.º 418, pág. 14099. Asimismo tras el escándalo de San Sebastián de los Reyes, se continúa cuestionando los criterios que rigen la política inmobiliaria de Renfe. Por ejemplo, si era necesario pagar por terrenos para la línea del AVE hasta siete veces más que su valor de mercado: vid. EL MUNDO, 21 de junio de 1992, sin que nadie lo haya desmentido hasta ahora.

⁹² El último episodio—relativo a la permuta de la sede central de la Cruz Roja por un precio, al parecer, inferior a su valor de mercado— ha dado lugar a acusaciones de malversación de fondos por valor de 4.280 millones de pts. Ante la Comisión correspondiente del Congreso, la Ministra de Asuntos Sociales se limitó a afirmar que la Cruz Roja tiene autonomía patrimonial según sus Estatutos, y que se cumplió el procedimiento de tasación. Sin embargo, en el interior de la institución existe un hondo malestar por la política poco transparente y deficiente gestión en la liquidación del patrimonio inmobiliario de la Cruz Roja, desde la llegada a la Presidencia de Carmen Mestre: Vid., Comparecencia de la Ministra de Asuntos Sociales para dar cuenta de la operación inmobiliaria de venta del edificio central de Cruz Roja española en Madrid, a petición de IU-IC. —DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, Comisiones, 3 de marzo de 1992, n.º 402, pág. 11847—.

mercado inmobiliario, el peligro es patente: llevar a cabo una desamortización precipitada, en vez de una necesaria modernización⁹³, incurrir en un despilfarro y desmantelamiento de edificios aún útiles, en vez de proceder a su optimización.

b) Pero es que, adicionalmente, la eficiencia, sin más, puede ser un criterio inadecuado para la gestión del patrimonio inmobiliario público. A diferencia de la actuación de los agentes privados, que no tienen otro objetivo que la rentabilidad económica, los Entes Públicos además de la eficiencia económica, deben tomar en consideración en muchas ocasiones el criterio de la rentabilidad social. Por ejemplo, antes de acudir directamente a la enajenación de inmuebles es necesario plantearse el posible uso alternativo de terrenos ociosos o de edificios infrautilizados, para otras funciones públicas⁹⁴. Esta era la justificación de la unidad patrimonial del Estado y de la técnica de la «adscripción» de los bienes a fines o funciones públicas, en lugar de su atribución definitiva, en propiedad, a los distintos Entes⁹⁵.

2.º - La especulación, tentación permanente de públicos y privados.

La búsqueda del dinero rápido, mediante operaciones inmobiliarias especulativas, es una tentación creciente en la cultura actual del mínimo esfuerzo. Pues bien, con un horizonte temporal

sesgado en el corto plazo y constantes problemas de tesorería, la Administración y las empresas públicas son presa fácil de esta tentación especialmente cuando se tiene en la mano, al mismo tiempo, la potestad de calificar el suelo y la propiedad del mismo. Baste recordar el reciente escándalo sobre la compra de terrenos por RENFE, para su venta tras la posterior recalificación⁹⁶.

La valoración de este criterio no ofrece dudas: el fin especulativo en la gestión inmobiliaria pública ha sido rechazado a nivel constitucional, legal y de la opinión pública⁹⁷. La especulación como fuente de financiación pública es reprobada por el 75% de los ciudadanos, va contra el art. 47 de la Constitución, y puede convertir en una pura farsa la Ley del Suelo de 1990. Recuérdese el texto del art. 47 de la Constitución, que dice:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los Entes públicos».

La conclusión es clara: no hay malos especuladores y «buenos» especuladores, aunque

⁹³ Vid. Eduardo Mangada, «Modernización versus desamortización», EL PAÍS, 2 de diciembre de 1991.

⁹⁴ Un caso concreto: el interés público del Ayuntamiento de Cádiz fue esgrimido, frente a las pretensiones de eficiencia económica en el caso de venta de los terrenos de AESA-Cádiz, que se tradujo en una proposición no de ley relativa a la cesión a la ciudad gaditana de los llamados «terrenos ociosos» de Astilleros Españoles, S.A. (AESA). DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, Comisiones, 4 de marzo de 1992, n.º 403, pág. 11869. No prosperó. La insuficiencia del principio de rentabilidad en la gestión inmobiliaria pública asimismo ha sido destacada por Eduardo Mangada (loc. cit., nota anterior) que ofrece un ejemplo: la manzana que ocupa el Ministerio de Defensa en el Paseo de la Castellana sería más rentable económicamente como extensión de AZCA que como sede de instituciones administrativas. ¿Debería llevar eso a venderla?

⁹⁵ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., «La Administración Institucional...», cit., págs. 354 y ss.

⁹⁶ Este caso, aunque incorpora tanto elementos de ineficacia como de especulación, se tratará con más detalle en el apartado siguiente, 3.º B «Financiación de inversiones».

⁹⁷ Vid. el debate provocado por la interpelación del Grupo Popular sobre medidas de política general que piensa adoptar el Gobierno en relación con la financiación del Gasto presupuestario, así como los principios que inspirarán la gestión del patrimonio inmobiliario de los distintos ministerios, organismos autónomos y empresas públicas, con objeto de garantizar la objetividad, transparencia y respeto a la legislación. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 11 de diciembre de 1991, n.º 153, pág. 7691.

se llamen RENFE, Ministerio de Defensa o Ayuntamiento de Madrid. Para evitar estas prácticas, que —además de ser ilegales— arriesgan el patrimonio público y pueden dar lugar a múltiples irregularidades y alguna corrupción, son necesarias, al menos, estas dos cosas:

1) Unos procedimientos, que garanticen la transparencia y objetividad de las operaciones inmobiliarias, ralentizando —al menos— la toma de decisiones. Estas no deben quedar, nunca, al arbitrio de una sola persona, ni ser realizadas sin publicidad y concurrencia.

2) Un cambio de mentalidad, que es el que aquí se defiende, de vuelta a la mística del Estado, al respeto al derecho público. El sector público no puede disponer del mismo margen de maniobra que las compañías privadas para «tiburonear» en las aguas de los negocios. Porque, además, cuando lo hace, naufraga⁹⁸.

3.º—Recursos atípicos, un camino fácil para el maquillaje contable.

Por último, una de las motivaciones más frecuentes —reconocida o no— que se encuentra

tras las operaciones inmobiliarias públicas es la obtención de recursos atípicos⁹⁹ mediante plusvalías, que financien el plan estratégico de la empresa o simplemente que ayuden al saneamiento de las pérdidas astronómicas de dichas empresas. Veamos algunos casos.

A.—Saneamiento de pérdidas

Los grandes grupos públicos, en los últimos años, han vendido o han puesto precio a sus sedes sociales, como último recurso para absorber sus pérdidas. Así, Iberia, Construcciones Aeronáuticas, Ensidesa, Transatlántica, Coposa y Elcano —dentro del grupo INI— Transmediterránea, Tabacalera y Argentaria —pertenecientes al grupo Patrimonio—, y Entes Públicos como RENFE o la Cruz Roja, son sólo algunos de los innumerables ejemplos de esta fiebre vendedora, algunos en claras operaciones de «lease-back», que permitan una remodelación contable de los balances y cuentas de resultados¹⁰⁰.

Ciertamente esta tentación afecta asimismo a empresas privadas en apuros financieros. Y así grandes grupos empresariales como Banesto, Galerías o IBM¹⁰¹ han recurrido a la venta de edificios centrales para sanear sus cuentas. Sin

⁹⁸ Vid. un comentario editorial certero sobre este tema: «El vértigo del mercado», comentando el caso RENFE. EL PAIS, 15 de diciembre de 1991.

⁹⁹ Recientemente, se ha dado un paso más. Con el beneplácito del MOPT, Renfe se propone gestionar su patrimonio inmobiliario de modo que se convierta de modo habitual en una fuente de recursos atípicos para la Compañía. Espera ingresar unos 10.000 millones de pesetas al año por la cesión, venta o alquiler de su patrimonio inmobiliario. Con esta estrategia, RENFE pretende —según dice— aliviar su déficit con un «colchón» a medio plazo, aún cuando reconoce que la venta de inmuebles únicamente soluciona problemas puntuales (de hecho, en 1992 los ingresos por este concepto se elevaron a 6.000 millones de pts. Vid., EXPANSION, 22 de abril de 1993). En nuestra opinión, además de propiciar la comisión de crecientes irregularidades —debido a la ausencia de garantías— este planteamiento atenta claramente contra el principio de especialidad de las personas públicas. El objeto social de Renfe no es la gestión de un patrimonio inmobiliario, sino el transporte ferroviario. Y el patrimonio, o lo utiliza para este

fin o son bienes sobrantes y se reintegran a la Hacienda Pública (que es de donde salieron).

¹⁰⁰ Mediante la venta de inmuebles, Iberia ha rebajado en 30.000 millones sus pérdidas de 1992 que en la cuenta de explotación alcanzaron los 50.000 millones. De este modo ha vendido sus sedes en París por 2.400 millones, en las Palmas, por 700 millones y recientemente la de Madrid, a INFOLEASING, por 24.000 millones. COPOSA, tras vender su sede por 625 millones, está alquilando otro local por 29 millones anuales, obteniendo liquidez con dicha operación. ENSIDESA, cuyas pérdidas en 1992 superaron los 60.000 millones de pesetas, ha tenido que poner a la venta inmuebles en Cataluña y Valencia por valor de 3.500 millones para pagar las nóminas. Vid. testimonios de todo ello en CINCO DIAS, 22 de diciembre de 1992; en EL MUNDO, 13 de diciembre de 1992 y un Diario EXPANSION, 11 de enero de 1992.

¹⁰¹ Recordemos cómo IBM España ha puesto a la venta su antigua sede en Madrid, valorada en 10.800 millones. EXPANSION, 22 de julio de 1992.

embargo, en la valoración de esta práctica juegan elementos muy diferentes en un caso y en el otro: los gestores privados responden, con su puesto, ante el capital social, que en su momento les juzgará; en cambio, en el Estado, la enajenación de los bienes inmuebles de empresas públicas afecta a la riqueza nacional y en el supuesto de que se quiera hacer frente con ella a déficits de explotación debería exigirse la previa autorización parlamentaria y acompañarse de las adecuadas garantías de control patrimonial. Otra cosa sería la autoconcesión de una subvención disimulada, ilegal, no autorizada por el Parlamento. Es más, esa opción de liquidez inmediata, a costa de la solvencia futura, está bajo sospecha en la empresa pública, debido a algunos vicios inherentes a dicha institución, como son estos:

a) la perspectiva –habitual– del corto plazo en sus directivos¹⁰² y la alta rotación de éstos, al compás del poder político¹⁰³.

¹⁰² Aunque hay que reconocer que esta característica puede darse también en empresas privadas en determinados contextos. Recuérdense a este respecto las extendidas acusaciones de «short-termism» a los dirigentes empresariales norteamericanos de la última década. Y el espectáculo, lamentable, que han ofrecido algunos grupos industriales españoles de los últimos tiempos, que se arruinan, mientras sus gestores se enriquecen de forma escandalosa. Misterioso fenómeno éste.

¹⁰³ Nos remitimos en este punto a un estudio de próxima publicación, uno de cuyos capítulos lleva por título: «La movilidad de los dirigentes de las empresas públicas». Y, con carácter más general, la literatura de la «teoría de la elección pública» o «Public Choice».

¹⁰⁴ Ninguna empresa puede mantener una política sostenida de liquidación de su patrimonio para financiar las pérdidas de su gestión. Llegaría inevitablemente a una situación de quiebra técnica, con un activo inferior al pasivo. Sin embargo, las empresas públicas no quiebran, *Vid.* lo que se dice *infra* en este capítulo.

¹⁰⁵ Las enajenaciones de inmuebles para sanear las pérdidas se reflejan en una anotación contable, que tiene efectos positivos en la «fachada» de la empresa pública. Se inyecta liquidez, reduciendo la cifra de pérdidas en la cuenta de resultados, a costa de disminuir el activo fijo en el balance de situación y a costa de futuros gastos de alquiler que gravarán posteriores ejercicios. La cuenta de «pérdidas y ganancias» es el estado financiero que recibe mayor difusión pública, olvidándose, desafortunadamente, de otros reflejos contables de gran relevancia.

De todas formas reconocemos que en ciertas ocasiones la normativa contable sobre la estructura de las cuentas de resultados puede ejercer un efecto negativo sobre la imagen de una empresa. Tal vez por ello el Presidente de Argentaria en una reciente comparecencia parlamentaria señaló algunas

b) Una imposibilidad práctica de incurrir en quiebra¹⁰⁴.

c) Esa política de imagen, a la que tan aficionados son los gestores públicos, (porque esa es la garantía de su supervivencia, tanto de ellos como de sus amos, los políticos). Para ello se utilizan de modo habitual mecanismos de maquillaje contable¹⁰⁵, incluso entre empresas del mismo grupo¹⁰⁶.

d) Finalmente, una situación financiera en números rojos del vendedor, hace más que sospechosas estas enajenaciones de patrimonio. Distinto sería el caso si se tratase de empresas saneadas¹⁰⁷.

particularidades contables del sector bancarios con los siguientes efectos: de los 40.990 millones de pts. de resultados extraordinarios que presentó Argentaria en 1992, únicamente 4.700 millones provenían de la enajenación de inmuebles. Y de ellos, la mitad eran inmuebles no propios, sino procedentes de la ejecución de garantías hipotecarias que puede considerarse una actividad bancaria ordinaria: *Vid.* CONGRESO, Comisiones, 17 de febrero de 1993, núm. 606.

¹⁰⁶ El maquillaje de las cifras llega al máximo con la práctica extendida de efectuar las ventas de inmuebles entre empresas del mismo grupo público. Este es el caso de INFOINVEST, sociedad que gestiona el patrimonio inmobiliario de empresas del INI: recientemente ha comprado la antigua sede social a AESA, y mantiene negociaciones con INIEXPORT, otra empresa del INI, para su posible venta. CINCO DIAS, 26 de octubre de 1992. Asimismo, la antigua sede de Iberia en Madrid ha encontrado comprador en INFOINVEST, EL MUNDO, 13 de diciembre de 1992. Es una manera de arreglar las cuentas de la primera.

¹⁰⁷ Así por ejemplo, puede concederse la «presunción de inocencia» a empresas que no tienen problemas de tesorería, como es REPSOL, del Grupo INH. Es razonable aceptar en principio su alegación de eficiencia, como causa legitimadora de la reestructuración de su patrimonio inmobiliario. Así, al poner a la venta la sede de CAMPSA, por un precio de mercado superior a los 10.000 millones de pesetas, ha alegado que persigue la optimización al tratar de eliminar la dispersión física. Igual justificación ha alegado al poner en venta todos los edificios de sus filiales petroleras. *Vid.* EL MUNDO, 1 de noviembre de 1992.

Asimismo, el Presidente de Argentaria –grupo que ha presentado unos resultados positivos de 92.656 millones de pts. en 1992–, explicó la venta de inmuebles de la Corporación bancaria en base a razones de eficiencia: bien debido a su infrautilización o bien debido a la recuperación de deudas impagadas con garantía hipotecaria. *Vid.*, Comparecencia citada, *supra*, nota 105. Pero en otros casos en que con las enajenaciones del patrimonio se pretenden ocultar pérdidas, aquellas pueden no justificarse.

Debemos concluir, en suma, que aunque sea una práctica usual, la gestión inmobiliaria pública para el saneamiento de pérdidas es una forma de financiación heterodoxa, que debe ser objeto de duras críticas, tanto en su formulación teórica como en sus manifestaciones prácticas, especialmente cuando esas enajenaciones se llevan a cabo sin publicidad y concurrencia o entre empresas del propio grupo, o del sector público en general, que equivalen solamente a desplazar el déficit de un sitio a otro.

B.— Financiación de inversiones. El caso RENFE

La cuestión a la que debemos ahora responder es la siguiente: ¿resulta legítima la financiación de bienes y servicios de interés general mediante las plusvalías que pueden generar las operaciones inmobiliarias de los entes públicos?. ¿Deben éstas entrar en el mercado, como un agente más, para recuperar las plusvalías que sus decisiones y sus servicios generan?.

Es este un tema de gran controversia actual, pero no es un tema nuevo. La cuestión ya fue planteada —y rechazada— en 1850, justamente en la relación entre la desamortización y el ferrocarril¹⁰⁸.

Hoy, ante las crecientes necesidades de financiación pública, se ha vuelto a proponer

este criterio, sin que haya recibido una aceptación mayoritaria. En el plano teórico, Eduardo Mangada¹⁰⁹ ha defendido que la intervención directa de las Administraciones Públicas como operadores inmobiliarios —sometida a condiciones muy estrictas de transparencia y con precio tasado—, puede ser una vía legítima para rescatar las plusvalías que genera la acción urbanística, destinando dicho producto a la financiación de los gastos de urbanización.

Llevando al límite esta posición¹¹⁰ se han querido justificar las operaciones inmobiliarias de un ente público como RENFE, sometido al Derecho privado, con el fin «loable» de financiar determinadas inversiones. La fragilidad de este criterio, ante la falta de controles estrictos¹¹¹, y su potencial para albergar actuaciones delictivas y de enriquecimiento abusivo, han sido puestos en evidencia con el escándalo sobre la compra de terrenos por parte de RENFE a través de su filial «Equidesa», para financiar determinadas estructuras ferroviarias en San Sebastián de los Reyes y Alcobendas.

El Dictamen¹¹² de la Comisión Parlamentaria que investigó dicho escándalo contiene pronunciamientos muy interesantes —principalmente en los votos particulares¹¹³— aplicables de lleno al tema que nos ocupa. Destacan en él los siguientes aspectos:

¹⁰⁸ Ya entonces no prosperó una propuesta parlamentaria de vincular las ventas de bienes municipales a la financiación estatal de un sistema de obras públicas, ni siquiera bajo un estricto procedimiento de control.

¹⁰⁹ Vid., Eduardo Mangada, «Actuación Pública y Plusvalías», EL PAIS, 13 de enero de 1992.

¹¹⁰ Al considerar que la construcción de un ramal de ferrocarril se incluye en el concepto amplio de «acción urbanística».

¹¹¹ Por el contrario, sólo la total transparencia y el control riguroso han convertido, en principio, el Consorcio Pasillo Verde, entre Renfe y el Ayuntamiento de Madrid en una fórmula de financiación y gestión eficaz para la reurbanización y dotación de infraestructuras en el madrileño barrio de la Arganzuela. Vid. la referencia a este tema en otro lugar de este estudio.

¹¹² Recogido en el Diario de Sesiones del Congreso, 27 de febrero de 1992, n.º 169, pág. 8289.

¹¹³ Por el contrario, sin que sorprendiera a nadie, el dictamen de la mayoría ha sido considerado «benevolente», al apoyar la actuación pública urbanística que ha dado cobertura a actuaciones irregulares con indicios delictivos, y al eximir de responsabilidad —debido a su «desconocimiento» sobre los detalles de la operación— a las autoridades implicadas. Del mismo modo, en el plano contencioso, el juez dejó en libertad sin cargos al entonces Presidente de Renfe, García Valverde, ya que únicamente conocía las líneas maestras de la operación inmobiliaria y contaba con el visto bueno de todas las Administraciones afectadas.

- a) Control parlamentario de las operaciones patrimoniales de los Entes públicos.

Ello exige replantear la autonomía patrimonial de RENFE y la asignación finalista de los ingresos procedentes de sus operaciones. Las plusvalías han de revertir a las partidas de ingresos de los Presupuestos Generales del Estado, para posibilitar el derecho constitucional al control parlamentario de la inversión pública (Grupo Popular).

En cuanto a la autonomía patrimonial de los Entes públicos en general y de RENFE en particular, es necesario revisar esa completa separación patrimonial que ha permitido a RENFE —y puede permitir a multitud de entes públicos del art. 6, n.ºs 1 y 5 de la LGP— llevar a cabo operaciones inmobiliarias al margen por completo del Estado (Gobierno y Parlamento) como se vienen realizando desde 1987¹¹⁴. Se ha demostrado que esto es una mala política.

b) La segunda reflexión hace referencia a la falta de transparencia de la operación: No se cumplieron los cauces legales para la plasmación de los acuerdos interadministrativos (RENFE, Comunidad Autónoma, Ayuntamiento). Esta circunstancia ha impedido el control adecuado en la fase de ejecución del proyecto, dando

cabida a múltiples irregularidades fiscales y contractuales¹¹⁵.

c) Asimismo, la Comisión rechaza la creación de **tensiones especulativas** por los poderes públicos. La recuperación de plusvalías razonables en la realización de un patrimonio es lo contrario a la especulación. Pero el caso RENFE es un claro exponente de ésta: se compran terrenos, utilizando información privilegiada, con el fin de que —en su posterior recalificación— se generen plusvalías forzadas. Ya nos hemos referido a la prohibición constitucional (art. 47), legal (Ley del Suelo de 1990) y ética de la «especulación pública». Pero es que además, dado que la especulación es por definición un negocio muy arriesgado, de hecho no se ha conseguido tan «noble» fin, sino sólo aumentar el déficit de RENFE. Así ha ocurrido cuando el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes ha decidido expropiar a Renfe los terrenos comprados por ésta. Lo ha hecho por 400 millones de pts. (conforme a su valor originario, rústico, como es lo procedente), es decir, 1.000 millones menos de los que había pagado RENFE. Una muestra más de la ineficiencia económica que a la postre puede producirse cuando Entes públicos como RENFE (u otros), que han sido creados para otros fines, se meten en este terreno de gestión inmobiliaria¹¹⁶.

respecto de su instrumentación práctica —obviando la relación causal existente entre ellos—, la mayoría logra eximir de responsabilidad política a los altos cargos implicados (Grupo CDS).

¹¹⁶ Independientemente de la prohibición de especulación que afecta a los poderes públicos, en este caso se traduce en un absurdo: un ferrocarril se financiaría con los exorbitantes beneficios inmobiliarios logrados por el Estado, a costa de una injustificada elevación del precio del suelo, que luego repercutiría sobre los residentes de la zona afectada. Vid. «El vértigo del mercado», EL PAIS, 15 de diciembre de 1991. Vid. también la información contenida en el mismo diario dos años después (EL PAIS, 1 de octubre de 1993): el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes y la Comunidad de Madrid decidieron, con buen criterio, expropiar los terrenos objeto de especulación por su valor originario, sin recalificación alguna, la mayoría de los cuales eran de EQUIDES, filial inmobiliaria de RENFE, por un valor equivalente a una tercera parte de lo que RENE había pagado por ellos (bien es cierto que estas compras de RENFE, a unos avispados intermediarios, eran más que sospechosas). Este es otro riesgo, cierto, de los «negocios» inmobiliarios de los Entes públicos: que se quede dinero en manos de algunos avispados.

¹¹⁴ La Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, de 1987, reconoce la titularidad de RENFE sobre su «patrimonio propio», y confiere a su Consejo de Administración plenas facultades de disposición sobre aquél, al eliminar la necesidad de autorización del Ministerio de Economía y Hacienda en las enajenaciones de inmuebles. Esto ha demostrado ser una mala política. Por lo demás, mientras no se cambien las cosas, el control a posteriori es una ilusión. He aquí una muestra más de la inoperatividad actual del control que ejerce el Tribunal de Cuentas sobre la actuación de las empresas públicas: pese a la aportación —por parte de la oposición— de abundante información sobre manifiesta irregularidades en la política inmobiliaria de RENFE desde 1987, recientemente ha sido rechazada la solicitud de fiscalización relativa a las «operaciones de adquisición y enajenación de terrenos pertenecientes al patrimonio de RENFE, a partir de la promulgación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre» (del Grupo Parlamentario Popular). —DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES GENERALES, 12 de mayo de 1992, n.º 39, pág. 1040—.

¹¹⁵ En este punto hubo diferencias entre la mayoría y la oposición. Al separar la valoración del diseño de la operación

d) Finalmente, ha habido también un pronunciamiento que no debe olvidarse sobre esa huida de la empresa pública al Derecho Privado, que puede entrañar, no pocas veces, un fraude de ley: un Ente público –RENFE–actúa a través de una sociedad anónima de capital estatal –EQUIDESA– para realizar lo que le estaría prohibido a aquél, incumpliendo los criterios generales de legalidad, transparencia y publicidad¹¹⁷.

Todo ello conduce en definitiva a una conclusión: la necesidad de una revisión general de la normativa sobre las empresas públicas. La tendencia a organizar servicios públicos bajo formas mercantiles de Derecho privado, de capital público, adolece de una gran lacra: dichas entidades escapan de los mecanismos de control y transparencia en la gestión propios de los fondos públicos.

4. Segunda conclusión provisional

En esta visión panorámica sobre la fenomenología actual de la gestión inmobiliaria en las empresas públicas –criterios, procedimientos y resultados– la conclusión a la que se llega es, en general, poco esperanzadora. La relajación de los mecanismos, la «privatización» de los modos de actuar, no está dando buenos frutos en la mayoría de los casos. La ausencia de procedimientos, la excesiva libertad y discrecionalidad en las operaciones confirma la problemática general antes planteada, que básicamente remite a las siguientes cuestiones:

¹¹⁷ Este fenómeno se ha repetido recientemente en Renfe. Como certeramente señaló el portavoz parlamentario del grupo CDS, «falla el blindaje de Renfe, y falla el blindaje de Renfe más que en otras Administraciones Públicas porque está plagada de empresas privadas de capital público que no tienen ni control administrativo ni tienen control de empresa mercantil; nos ocurrió con EQUIDESA y nos vuelve a ocurrir con TIFSA; la misma persona que está dentro del organigrama de Renfe, a través de una empresa participada resulta ser una

a) La eficacia en la asignación de recursos, como justificación –de buena fe o fraudulenta– de esta «huida del Derecho administrativo», no es el único criterio para guiar a la empresa pública.

b) Más que una huida «al Derecho Privado», se está produciendo, como denunció Sala, lisa y llanamente, una «huida del Derecho»: en la empresa pública no funcionan los controles de tipo público (porque se somete al derecho privado), ni de tipo privado, porque no hay verdaderos socios ante los que deban responder. Este es uno de sus grandes «vicios institucionales», que no tiene mucha solución.

c) Debido a esta ausencia de controles, el resultado real de la actuación pública sigue siendo la ineficacia. Pero amparados en este objetivo, en el que se justifica la huida del Derecho Administrativo, se da lugar a situaciones de grave riesgo en términos de corrupción, malversación, especulación y posición de dominio de la empresa.

d) Refiriéndonos en particular a la libre gestión inmobiliaria de las empresas públicas se ha de cuestionar la legitimidad de ésta por los motivos que han quedado expuestos en el cuerpo de este escrito.

Todas estas afirmaciones serán objeto a continuación de un desarrollo más amplio, en el que trataremos de explicar –y demostrar– la veracidad de tales juicios.

intermediaria, una empresa que ejerce el corretaje a favor de una tercera y en contra de la propia empresa en la que trabaja» (...); «es fundamental –concluye– regular en España... la actuación de las Administraciones Públicas a través de entidades sometidas al ámbito del Derecho Privado». Vid., comparecencia del Ministro de Obras Públicas y Transportes para dar cuenta de las supuestas irregularidades relacionadas con las contrataciones del AVE, en Diario de SESIONES DEL CONGRESO, Comisiones, 10 de febrero de 1993, núm. 599.

IV. ASIMILACION DE LA ADMINISTRACION Y LA EMPRESA PUBLICAS A LAS EMPRESAS PRIVADAS. RAZONES Y SINRAZONES DE LA HUIDA AL DERECHO PRIVADO.

¿Cuáles son las razones determinantes de este proceso de asimilación de la Administración Pública a la empresa privada?. ¿Qué es lo que impulsa a los Gobiernos a escapar del Derecho público y refugiarse en el privado?. Para juzgar sobre ello hay que distinguir entre razones alegadas (aparentes) y razones verdaderas (reales).

1. *Razones habitualmente esgrimidas*

La huida del Derecho administrativo se suele justificar alegando que dado el crecimiento del Estado en tamaño y diversidad de funciones, los moldes clásicos del Derecho público —en organización y procedimiento— no son los adecuados para el cumplimiento de sus fines actuales: los propios de un «Estado social». Es necesario —se dice— dotar de flexibilidad al Estado para conseguir la «eficacia» en la actuación pública. La palabra mágica es esta: eficacia.

Digamos antes que nada que tal planteamiento arranca de unos presupuestos discutibles, que están siendo en estos días objeto de revisión. En todos los países se replantea la dimensión actual del Estado, su crecimiento en los últimos años y, caso de que ello resulte inevitable, cómo se deben hacer las cosas para que el «Estado de

bienestar» siga siendo «Estado de Derecho». La difícil compatibilidad entre uno y otro fue puesta de manifiesto hace ya años por el gran jurista alemán Ernst Forstho^f¹¹⁸.

Desde comienzos de la década de los 80 se han replanteado sobre todo aquellas actividades asumidas por la Administración en el mundo económico. Se replantea también cuál es el mejor medio para cada misión, distinguiendo claramente qué es lo que el Estado debe producir, qué es lo que el Estado debe financiar y qué es lo que el Estado debe regular (por supuesto, también, cuándo no debe hacer ni una cosa ni otra). La empresa pública, la gestión indirecta de un servicio público, la regulación sectorial o la mera regulación de policía son, todas ellas, técnicas de actuación al servicio de fines públicos que deben ser cuidadosamente elegidas, en cada caso, para la obtención de éstos.

No se trata tanto de revisar las conquistas jurídicas y económicas del Estado social —los llamados «derechos sociales»— sino de repensar los mecanismos más eficaces e idóneos para su consecución¹¹⁹. El debate hay que plantearlo más en los medios que en los fines, aunque naturalmente ello afecte al tamaño y funciones del Estado.

Es posible que los moldes clásicos del Derecho administrativo tradicional hayan adolecido de una cierta rigidez, porque en el pasado este derecho se centró en la defensa y garantía de los derechos individuales, más que en la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos. Las Constituciones eran, ante todo, sistemas de garantía frente a las intervenciones del Estado; el

¹¹⁸ Forsthoff, E., «El Estado social», Madrid 1986, 208 págs. Antes en «El Estado de la Sociedad Industrial», Madrid, IEP, 1975, 291 págs.

¹¹⁹ He defendido con anterioridad, por poner un ejemplo, que la técnica y el régimen del servicio público, rectamente configurado y aplicado, ofrece las mismas o mayores garantías para el interés público que las que pueda ofrecer una empresa pública; el poder de dirección y mando del Estado sobre ellas es exactamente el mismo, las ventajas para la Administración son múltiples; y, finalmente, tal modelo es el más adecuado

en una economía de mercado y en un sistema de libre empresa, que es el que consagra nuestra Constitución. Vid. el Capítulo VI, «El servicio público como alternativa», págs. 110-127, del artículo «La empresa pública», por GASPARD ARIÑO ORTIZ, incluido en la obra EL MODELO ECONOMICO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA, volumen 2, coordinada por Fernando Garrido Falla, Instituto de Estudios Económicos, 1981. Una parte importante de los procesos de privatización van en esta línea.

núcleo esencial del «Estado de Derecho» se llamó «principio de legalidad» (reserva de ley, tipicidad del acto administrativo, reducción al máximo de la discrecionalidad, garantías patrimoniales, etc., etc.). Pero ocurre que el «Estado Social» es justamente lo contrario: el individuo no pretende «liberarse» del Estado, sino que vive de él; su vida descansa en la intervención estatal, en las prestaciones del Estado, que se ocupa de su salud, de su vivienda, de su descanso, de su vejez, de los servicios esenciales a toda comunidad (agua, gas, electricidad, transporte y de tantas cosas más). Y ese Estado, más que centrarse en la garantía frente a la intervención (que eso es ante todo la legalidad) lo que reclama es eficacia, efectividad, capacidad de hacer reales las prestaciones. Todo ello es muy cierto.

También lo es que el derecho público no ha sabido hasta ahora dar respuesta adecuada a esta nueva dimensión, por la razón, evidente, de que estos derechos de contenido social no se protegen a través de las técnicas, instrumentos y mecanismos propios del Estado de Derecho tradicional. Como decía Forsthof, el Estado de derecho se comporta con respecto a los derechos sociales, como el aceite con respecto al agua: no es posible mezclarlos.

Pero si no se quiere renunciar al Estado social, ni tampoco al Estado de Derecho, no queda más remedio que juridificar —esto es, someter a reglas jurídicas, generales, objetivas y conocidas— las decisiones en las que aquél se plasma. Pensemos, por ejemplo, en el régimen de las subvenciones, la adjudicación de viviendas, las exenciones de impuestos, la política arancelaria y el manejo de los derechos de importación, el régimen de la inversión extranjera o el otorgamiento de ayudas a asociaciones culturales o deportivas. Ciertamente, es más difícil determinar legalmente los criterios que deben presidir tales decisiones, porque muchas de ellas deben adoptarse en función de las circunstancias sociales y económicas, nacionales

e internacionales, siempre cambiantes. Al Parlamento le es difícil establecer criterios (o estos son tan genéricos que no vinculan a nadie) y la Administración, que probablemente podría hacerlo, fácilmente cae en la tentación de decidir caso por caso (¿qué necesidad de reglamentarse, de autolimitarse?). Y así, fácilmente, se cae en la discrecionalidad más absoluta —e incontrolada— en las decisiones en que se plasma el Estado social.

Ahora bien, ocurre que, en el Derecho público, son bastante inmantenibles, porque resultan escandalosas, esas situaciones de absoluta discrecionalidad. En la vida política, pronto se denuncian y el Estado de Derecho las rechaza. Sus efectos a la larga, son perversos, pues detrás de la discrecionalidad (en la adjudicación de los contratos, en el nombramiento de personal, en el otorgamiento de subvenciones o de exenciones fiscales) fácilmente aparece el partidismo, el favoritismo, cuando no la malversación o el cohecho. La tentación surge con facilidad: escapemos del Derecho público —se dicen a sí mismos los gobernantes—, refugiémonos en el Derecho privado, donde los principios tradicionales son la libertad y la autonomía de la voluntad. Así, seremos eficaces. Y esto, quizás, con la mejor de las intenciones. Pero la experiencia dice que tal mutación de naturaleza, al final, conduce a la corrupción.

2. El derecho público como sistema de garantías. Eficacia y legalidad

Conviene, llegados a este punto, recordar algunas verdades básicas que han quedado desdibujadas en los últimos años y que son la esencia del Derecho público:

a) Este se halla presidido por una idea de sujeción, de vinculatoriedad (principio de legalidad, responsabilidad, control público) frente a los sujetos o actividades privadas, cuyo

ordenamiento y régimen jurídico respira libertad, autonomía de la voluntad, dominio¹²⁰.

b) El régimen jurídico de derecho público ha sido tradicionalmente presentado como un régimen exorbitante, como un derecho de prerrogativa, de supremacía a favor de los Entes públicos, singularmente del Estado y sus organizaciones, en atención al superior rango e importancia social de los fines que estos tienen encomendados. Por una serie de factores históricos, ideológicos y políticos, el Derecho administrativo recibe inicialmente esta configuración. Sin embargo, junto a este carácter de derecho exorbitante, que concede a sus sujetos un conjunto de prerrogativas, el Derecho administrativo impone al mismo tiempo a éstos una serie de limitaciones muy superiores a las que el derecho privado impone a los particulares. Rivero habló no sólo de las «derogations en plus» sino también de las «derogations en moins» que todo régimen de derecho público lleva consigo¹²¹. El derecho administrativo no es sólo un haz de potestades, sino también un cuadro de garantías.

c) La vinculación a la Ley en toda su riqueza de manifestaciones, el principio de igualdad, la exigencia del debido procedimiento, la necesaria habilitación financiera, la publicidad y control de sus actuaciones (en todas sus formas: administrativas y judiciales), son otros tantos contrapesos a las inmunidades y privilegios que acompañan también siempre a la Administración.

Pues bien, este complejo de poder y garantía, de privilegio y carga, es típico del régimen jurídico público, que acompaña a la

Administración en mayor o menor medida allí donde ésta actúa. Y ello no desaparece totalmente, ni siquiera cuando en su actuación se reviste de «formas» de derecho privado, pues hay un núcleo interno de organización, actividad y control que es siempre público.

d) El problema de la calificación de un Ente o actividad como pública se presenta justamente en nuestros días con especial gravedad porque el Estado se reviste hoy con frecuencia de formas privadas, buscando con ello una libertad de movimientos de la que carecería como sujeto público. Ello porque el Estado –más en concreto; la Administración– no necesita hoy, en muchos casos, acudir a sus potestades jurídicas de «imperium»: le basta con su poder económico. Y en el uso de éste, prefiere no tener que soportar las rigideces del derecho público. Ciertamente ésta puede ser, en ocasiones, la forma jurídica más cómoda para conseguir los resultados económicos –bienes y servicios– que el Estado, desde la primera guerra mundial se comprometió a obtener, pero es igualmente cierto que éste es hoy el más claro portillo de escape de la legalidad y el posible camino de un nuevo despotismo. El Estado de bienestar tiene siempre el peligro de convertirse en un Estado de dominación.

e) En tal caso, la «huida al derecho privado» sería una solución espúrea, gravemente peligrosa para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. En mi opinión, no hay más remedio que reformular el Derecho administrativo, aumentar su flexibilidad cuando sea necesario, pero manteniendo en todo caso garantías de objetividad y buena gestión que vinculen a los

¹²⁰ La distinción, además, presenta hoy un particular interés pues, como se ha dicho, nuestro tiempo está presidido por una suerte de «feudalismo administrativo», de pulular de Entes y organizaciones que viven en la frontera de lo público: cfr. GARCIA TRAVIJANO, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo II, págs. 321 y ss.

¹²¹ RIVERO, Jean «Droit Administratif», 2.^a edic., Dalloz, 1962, pág. 33: «le droit administratif impose souvent, a l'administration, des obligations beaucoup plus strictes que celles que le droit

privé fait peser sur les particuliers; par exemple, ceux-ci choisissent librement le but de leurs activités, alors que l'administration est astreinte á la pour-suite du seul intérêt général; ils choisissent librement leurs cocontractants, alors que, pour l'administration, ce choix fait une grande part a des procédures de désignation automatique. On pourrait multiplier les exemples de ces dérogations au droit commun qui font l'administration, non pas plus puissante, mais plus liée, que les particuliers entre eux».

políticos. El principio de desconfianza de los administradores (mucho más, de los políticos de partido) sigue teniendo plena vigencia en el Estado y, en general, en toda actuación vicarial, por cuenta de otro. De hecho, este principio —que da garantías al dominus negotii; en nuestro caso, al pueblo español— se ha intensificado con carácter general en el Derecho privado (véase la reciente evolución del Derecho mercantil) conforme se desvincula, cada vez más, la propiedad y la gestión de las empresas. Es paradójico, ha dicho el gran maestro José Luis Villar Palasí: «el Derecho Mercantil se administrativiza, mientras el Derecho Administrativo se privatiza».

Abordemos, por tanto, sin miedo la reforma de las Administraciones Públicas y su Derecho porque «la huida» crea todavía mayores problemas, como son: la desintegración —verdadera feudalización— de las Administraciones Públicas, la desprotección de los intereses públicos (como enseguida veremos) y una amenaza permanente, *de facto*, a los derechos fundamentales de los ciudadanos¹²².

Con ello no se trata de negar la importancia del principio de eficacia en la acción administrativa, que es también un imperativo constitucional de gran relevancia, pero debemos recordar que no es el único criterio, ni siquiera el más importante, de los que deben presidir la actuación del Estado. El texto de los arts. 1,9 y 103 de la Constitución antepone a dicho criterio los de libertad, justicia, igualdad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y, como resumen, el «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

¹²² La mayor flexibilidad que persigue la forma societaria, responde con gran frecuencia a pequeños fines que podrían resolverse mucho más fácilmente abordándolos de forma clara. Por ejemplo, la creación de la Agencia Estatal Tributaria se justifica —entre otros motivos— para evitar la fuga de Inspectores de Hacienda a la empresa privada. Se crea un nuevo problema —Ente que ejerciendo funciones públicas somete parte de su actuación al Derecho privado— y se mantiene el anterior —inadecuación de sistema retributivo de las AAPP—. Es necesario afrontar directamente el problema de

No es verdad, como algunos creen, que sea imposible conseguir la eficacia bajo garantías de derecho público. Eficacia y legalidad no son términos antitéticos. Su articulación es complicada, pero factible, por la vía de una «flexibilidad controlada»¹²³. Pero más aún, si ello fuere así, resultaría claro que habría que pagar el precio de la ineficacia para no pagar un precio mayor: el de la injusticia, la arbitrariedad o la corrupción.

Pero ello no es así. Incluso podemos afirmar lo contrario: eficacia y legalidad, en el Estado, son complementarias. Dicho de otro modo: la existencia de procedimientos, controles y garantías no es un obstáculo sino una condición imprescindible para que el Estado, en el largo plazo y con carácter general, sea eficaz. Esto es para mí evidente en la contratación y en la función pública.

Una de las manifestaciones más claras de cuanto decimos es esa pretendida asimilación de la empresa pública a la empresa privada. Es un proceso que nada tiene que ver con la auténtica privatización de las empresas públicas que se está llevando a cabo en muchos países de Europa y América (Gran Bretaña, Italia, Argentina, Chile y tantos otros). Antes al contrario lo que entre nosotros se pretende es la transformación del régimen jurídico, del sistema de objetivos y fines de la empresa pública asimilándola todo lo posible a la privada. Es éste uno de esos campos donde la huida al derecho privado se manifiesta con mayor extremosidad.

las retribuciones en el sector público, abriendo el abanico salarial en determinadas actividades. Vid., Villar Palasí, *op. cit.*, págs. 28 y 29, 46, *passim*.

¹²³ Esta opinión está extendido incluso dentro de la Administración. En particular, a través de la Secretaría de Estado de Hacienda, se han propuesto diversas medidas para compatibilizar la flexibilidad micro y la rigidez macro en la gestión del gasto público, es decir, para que la actuación pública en este ámbito se rija por los criterios de eficacia y sometimiento a control.

Nuevamente hemos de afirmar lo erróneo de tal planteamiento y las tres razones fundamentales para tal afirmación son:

a) La «libre» iniciativa pública en la actividad económica, bajo el único criterio de eficiencia negocial (ganar dinero, maximizar el valor) no parece constitucional en un sistema de economía de mercado; dado que la empresa pública y la privada nunca están en pie de igualdad, la empresa pública ha de estar justificada por un interés público preciso¹²⁴. No basta el criterio de rentabilidad¹²⁵.

b) Se parte de un presupuesto falso, «la empresa pública —se dice— es tan eficaz como la empresa privada»¹²⁶. Pero ello nunca ha sido así. Independientemente de la larga experiencia comparada sobre la rentabilidad —económica y financiera— de uno y otro tipo de empresa¹²⁷, existen, desde el punto de vista teórico, razones evidentes para que el régimen de propiedad influya sobre su eficacia¹²⁸.

c) Y es que en el fondo existe una gran equivocación en esta aspiración de «flexibilidad», pues la mayor eficacia de la empresa privada, en general, no se debe a su marco «más flexible» sometido al Derecho privado¹²⁹, sino a la existencia de un control efectivo —accionarial— sobre la gestión, a su actuación según las leyes del mercado, y al riesgo empresarial de

supervivencia que continuamente tienen que asumir sus gestores¹³⁰. Y cuando esto no se produce, ni las empresas públicas, ni las privadas funcionan bien¹³¹.

Sin dicho control, por mucho que la actuación pública se vista de Derecho privado, no por ello va a estar mejor dotada para desarrollar una actuación eficaz. Por el contrario, la eliminación de las garantías de derecho público —ya lo hemos dicho— deja un terreno más abonado para la corrupción¹³², que, desde luego, implica una asignación ineficiente de recursos.

Pues bien, como veremos enseguida, la empresa pública en régimen de actuación privada es una entidad apátrida, carente de todo control, inerme ante el caciquismo político y, por consiguiente, abocada a la ineficacia. Con ello, llegamos a lo que, a nuestro juicio, constituye la verdadera razón, encubierta pero real, de la huida al derecho privado.

3. La razón verdadera, real, de la «huida».

A poco que se haga un análisis —o un balance— sobre los efectos que ha producido esa privatización de la gestión pública, se comprobará que lo de la «eficacia» era —consciente o inconscientemente— una mera excusa. La razón

¹²⁴ Postura defendida ya por uno de nosotros, en ARIÑO ORTIZ, G., «El marco constitucional y legal en España», de su trabajo sobre «La empresa pública», citado *supra* nota 5. En contra, claramente, de este criterio está la constitución reciente de TENEO, S.A., una de cuyas notas definitorias, según fueron formuladas por el Presidente del INI, es precisamente su ausencia de fines tasados: puede desarrollar cualquier actividad que le interese para sus «negocios».

¹²⁵ Persona conocedora del tema como Miguel Boyer ha defendido con firmeza que el objetivo de las empresas públicas no puede ser «ganar dinero». *Vid.*, Boyer, *op. cit.* nota 134.

¹²⁶ El principal defensor de esta tesis es Julio Segura, desarrollada en su artículo «La Empresa Pública. Teoría y Realidad», en Papeles de Economía Española, n.º 38, Madrid, 1989.

¹²⁷ *Vid.* los estudios empíricos de Miró 1985 y 1988, y de Petitbó y Yagüe, 1992.

¹²⁸ Las causas de la ineficiencia relativa de la empresa pública han sido repetidas veces estudiadas. En resumen son las

siguientes: a) su vinculación al proceso político, b) la irresponsabilidad de sus dirigentes, y c) la falta de incentivos y sanciones.

¹²⁹ Recordemos que, por el contrario, el Derecho Mercantil está agudizando sus controles ante la mayor desconfianza en el gestor, *vid.* VILLAR PALASI, *op. cit.* nota 2.

¹³⁰ Silvia del Saz, *op. cit. supra* nota 3. Además la empresa privada actúa bajo la presión desde el exterior (en forma de posibles OPAS), que está ausente de las empresas públicas.

¹³¹ Así lo acredita la experiencia española de algunos sectores «protegidos», cerrados a la competencia durante largos años, disfrutando tan ricamente de mercados cautivos, que se han visto en grandes dificultades cuando han tenido que hacer frente a la apertura del mercado europeo.

¹³² Cfr. el testimonio de OTERO NOVAS, en «Causas (y remedios) estructurales de la corrupción», ABC, 28 de diciembre de 1992.

última de por qué la actuación pública prefiere el régimen jurídico privado es esta: porque así consigue una vía libre de todo control (o de casi todo): a la empresa pública en forma jurídico-privada no le son aplicables ni los controles de tipo público, ni los de tipo privado. La huida del Derecho Administrativo, –insistimos en ello–, no es una huida «al Derecho privado», sino una mera huida del derecho, que permite la afirmación de los intereses personales y/o de partido, al eliminar los controles que defienden los intereses de los representados¹³³.

No hacemos esta afirmación desde una especie de «teoría demoníaca» del Estado, que vea en éste el origen de todas las ineficiencias, pero tampoco podemos caer en esa «teoría angélica» del Estado, que lo ve como Ente celestial, consagrado plenamente a la obtención del bien común general. Pretendemos sencillamente dar una visión realista, basada en la experiencia y el conocimiento de la vida política y de las contradicciones que encarnan los grupos de poder (burocráticos y no burocráticos) que dentro del Estado sirven a sus propios intereses¹³⁴.

En el sector «privatizado» empresarial no se aplican, por lo general, ni los mecanismos de control propios del derecho privado, ni los del Derecho público, ni los generales de cualquier organización. Lo único que rige, férreamente, es el mando y el control político del Gobierno y sus ministros. Habrá excepciones, sin duda. Pero

esa es la regla general, ese es el sistema, como vamos a ver a continuación.

a) Inaplicabilidad de los mecanismos ordinarios de la empresa privada.

En efecto, muchos de los controles típicos de la empresa privada desaparecen o se relajan cuando se proyectan a la empresa pública. Así,

a') En el derecho de sociedades: dado que la empresa pública tiene, por lo general, un único accionista o un accionista abrumadoramente mayoritario –el Estado– no tiene mucho significado la «Junta General de Accionistas», ni rigen las normas de impugnación de los acuerdos societarios, ni las de defensa de las minorías, que difícilmente se atreven a ejercer «sus» derechos frente a aquél. Lo que hacen es marcharse, si no están de acuerdo.

b') En el derecho de la competencia: éste sufre múltiples derogaciones, ya que la Administración es juez y parte en el asunto¹³⁵. Este fenómeno se agudiza respecto a los entes de Derecho público en régimen de Derecho privado, ya que la forma pública se vincula con frecuencia a un monopolio «de iure» y/o «de facto»¹³⁶ (así, TVE, Red Eléctrica de España, RETEVISION, RENFE, etc.).

La prohibición de ayudas estatales es también más difícilmente controlable en las empresas públicas ya que –además de las múltiples vías

¹³³ Aunque ésta es la opinión doctrinal mayoritaria, conviene dejar constancia de alguna opinión contraria. Según Ignacio Borrajo, el sometimiento al Derecho privado por parte de las AAPP no es una «huida del Derecho», ni siquiera una huida de todo el Derecho público, sino únicamente una «huida de las leyes administrativas generales», que a su juicio resulta conforme a la Constitución. Vid., Ignacio Borrajo Inieta, «El intento de huir del Derecho administrativo», REDA, n.º 78 (abril-junio de 1993), págs. 233 y ss. Si bien el propio autor reconoce en su conclusión que es una hipótesis no probada.

¹³⁴ Esta apreciación es hoy general, reconocida incluso por «creyentes» de la empresa pública como M. Boyer, 1981, en su ponencia «La reforma de la empresa pública española y la crisis económica», del simposio ESTADO y SECTOR PÚBLICO

EN ESPAÑA, organizado por la Fundación Hogar del Empleado, 16-19 febrero 1981. Fue algo denunciado hace ya muchos años por los pragmatistas norteamericanos: vid. lo que se dice en ARIÑO ORTIZ, «Una reforma pendiente: participación», en RISA, 1979.

¹³⁵ Vid. VILLAR PALASI, *op. cit.* nota 2.

¹³⁶ Según SALA ésta es la única justificación de la ruptura entre personificación pública y régimen jurídico privado. Los entes del art. 6. LGP disfrutaban de las ventajas de ambos ordenamientos pero no de sus inconvenientes. La sumisión en ciertos aspectos al Derecho público no es gravosa debido a la flexibilización ya comentada del Derecho Administrativo. Vid. SALA ARQUER, *op. cit.* nota 4.

para canalizar subvenciones ocultas—¹³⁷ existe una firme expectativa de respaldo o garantía pública al endeudamiento: dicha garantía pública constituye una verdadera ayuda estatal implícita, perfectamente cuantificable, consistente en unos menores gastos financieros. En definitiva, toda empresa pública siempre tiene la tentación de falsear la competencia, o está en continua posibilidad de hacerlo (por no hablar de las compras de bienes y servicios «cartelizados» en el sector público).

c') Control accionarial: Este control es también atípico, cuando no inexistente. Su accionista principal¹³⁸ se guía frecuentemente por criterios políticos y no es muy exigente desde el punto de vista financiero: no exige una rentabilidad del capital comparable a las empresas privadas, ya que concede escasa importancia al reparto de dividendos y realiza sus ampliaciones de capital sin una valoración de mercado en cuanto a la rentabilidad de los procesos de inversión.

Como se ha dicho una y otra vez, el Estado no define claramente los objetivos y directrices generales de sus empresas, sino que cada Gobierno, según sus preferencias programáticas, asigna objetivos heterogéneos de difícil consecución. Posteriormente, en el plano operativo, ejerce un control caracterizado por la ausencia de directrices generales y múltiples interferencias en la gestión diaria. La errática marcha de muchas empresas públicas —con continuos cambios de estrategia— así lo acredita. Sobre este tema nos remitimos a una próxima publicación.

¹³⁷ Es lógico, por ello, que la CEE exija una mayor transparencia en las operaciones financieras entre las empresas públicas y los entes públicos que poseen su capital. Vid. Comunicación sobre la aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado CEE y del art. 5 de las Directivas de la Comisión 80/723/CEE y 85/413/CEE a las empresas públicas del sector de fabricación, 8 de octubre de 1991, DOCE C273/2, de 18 de octubre de 1991. Las críticas que a veces se hacen a este régimen de mayor exigencia son infundadas.

¹³⁸ Ya nos hemos referido a la inexistencia de control accionarial externo, bajo la amenaza de OPAS vid. nota 130.

¹³⁹ La caracterización de la empresa pública como una «casa sin amo» ya fue expuesta por ARINO en 1981: Vid. «La empresa pública», *op. cit.* nota 5, en particular en su Capítulo

Por lo demás, dado que el accionista es el Estado, la propiedad es muy difusa: en el fondo no hay derechos de propiedad, ni en gobernantes ni en gestores. Al ser de todos, la empresa pública «no es de nadie» es una «casa sin amo»¹³⁹.

d') El control del mercado: la quiebra

Tampoco este medio de control que el mercado desarrolla de un modo espontáneo opera aquí. Uno de los grandes problemas de la empresa pública es que no tiene problemas de supervivencia, ya que, en la práctica, no funciona en ella el mecanismo extremo que actúa sobre toda sociedad mercantil: la posibilidad de incurrir en quiebra y/o desaparecer tras una gestión ineficiente.

En teoría, una empresa pública que tiene personalidad jurídica privada diferente de la del Estado y plena titularidad sobre sus bienes, podría quebrar, pues no está revestida de los privilegios y cargas de Derecho público que gozan los bienes y los actos del Estado, entre otras, la responsabilidad ilimitada y la inembargabilidad¹⁴⁰.

Pero en la práctica la politización de la empresa pública y su «ocupación» por las fuerzas políticas y sindicales impide —por el propio fracaso que supondría para éstas— la aplicación del derecho concursal¹⁴¹. Cuando una empresa pública incurre en las condiciones legales de quiebra, se inicia un largo proceso, dominado por las presiones políticas y sindicales en su afán de mantener el

IV: Algunas claves de comprensión de la empresa pública. Sus vicios institucionales.

¹⁴⁰ Esta afirmación ha sido reconocido tanto en la doctrina —ARINO *op. cit.* nota 5, «La empresa pública» en su Capítulo IX, Bases del régimen jurídico— como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en 1963, relativa a CAMPSA. Es lo correcto, teóricamente.

¹⁴¹ Esta situación se da también en otros países. Por ejemplo, en Francia la ley de 25 de enero de 1985 sobre liquidación judicial de empresas se aplica a las personas de Derecho privado, físicas y jurídicas. No habría ninguna dificultad teórica para su aplicación a las empresas públicas con personalidad jurídico-privada. Ahora bien por consideraciones de tipo político el Estado nunca ha permitido la quiebra de empresas en las que poseyera la mayoría del capital. Vid. «Les entreprises publiques», por Jean Dufau, ed. Du Moniteur, 1991, pág. 243.

empleo, mientras continúan las pérdidas, que al final asume el Presupuesto. El coste económico es más llevadero que el «coste político» que una quiebra sonada llevaría consigo.

Hoy, los defensores del nuevo papel de la empresa pública bajo criterios estrictamente empresariales, incluyen entre sus postulados la posibilidad efectiva de quiebra para la empresa pública. Julio Segura mantiene que éste es uno de los problemas claves de la ineficiencia de la empresa pública¹⁴². La posibilidad efectiva de quiebra disciplinaría —dice— a todos los agentes:

- i) los bancos serían financiadores más estrictos, pues al aceptar que las empresas públicas concurren puedan quebrar se rompe la expectativa de garantía pública del endeudamiento.
- ii) los sindicatos tendrían comportamientos más realistas, sin forzar una plantilla sobredimensionada ni incrementos salariales desproporcionados respecto a la productividad.
- iii) a los gestores se les impediría la «huida hacia adelante»; y finalmente,
- iv) el accionista tendría que aumentar su sensibilidad hacia el rendimiento del capital invertido, ya que rentabilidades financieras negativas podrían conducir a la liquidación de la empresa.

¹⁴² «La segregación del INI». Julio Segura, EL PAIS, 14 de septiembre de 1991.

¹⁴³ Esta es una de las notas definitorias del Grupo TENEQ, según declaraciones del Presidente del INI.

¹⁴⁴ Este tema ha cobrado reciente actualidad por la solicitud de suspensión de pagos del grupo Torras. Algunas voces han negado la posibilidad jurídica de aplicación del Derecho concursal a una empresa propiedad de un Estado extranjero, es decir de KIO-KIA (con mucha más razón —podría argumentarse— si se trata del Estado nacional).

En derecho comparado, la quiebra se excluye expresamente de algunos ordenamientos, dando lugar a esos efectos económicos perniciosos ya señalados. Así, el art. 2362 del Código Civil italiano prevé la garantía ilimitada del Estado respecto a las empresas de las que es el único propietario lo

Todo esto es muy cierto. Pero nadie explica cómo se van a solucionar los problemas de tipo práctico —la politización y la presión sindical— que impiden actualmente la quiebra de las empresas públicas. De hecho, en la elaboración del Plan de Convergencia se consideró la posibilidad de incluir la quiebra de empresas públicas, como medio para aumentar la eficacia del sector público. Sin embargo, debido a su tremenda carga política, en su redacción final se silenció el asunto. Los defensores del nuevo papel de la empresa pública no han aportado ninguna respuesta concreta.

La caracterización de TENEQ, S.A., como grupo de «empresas que pueden quebrar»¹⁴³, queda todavía en el plano de los principios y los buenos deseos, sin que se vislumbre su operatividad.

De todas formas, aunque se permitiese de hecho, por el Gobierno, la quiebra de las empresas públicas, queda una cuestión jurídica por resolver: ¿no sería una quiebra fraudulenta ante la ficción de la personalidad jurídica?¹⁴⁴; ¿sería necesario «descorrer el velo» de la personalidad, por utilizar la figura de la personalidad jurídico—privada como mecanismo para eludir la responsabilidad, en fraude de acreedores?¹⁴⁵.

que ha incentivado el elevadísimo endeudamiento de las empresas públicas italianas. Recientemente la Comisión de la CEE ha aprobado el acuerdo Van Miert/Andreatta que —junto a otras medidas de saneamiento de las empresas públicas— exige la reducción de la participación del Estado en éstas, de forma que se suprime el vínculo orgánico entre el accionariado del Estado y la responsabilidad ilimitada del Estado frente a las deudas. *Vid.*, «Europe», 9 de septiembre de 1993, pág. 10.

¹⁴⁵ El levantamiento del velo de la personalidad jurídica en relación con la Administraciones públicas es un mecanismo admitido decididamente por la jurisprudencia a partir de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «Agua y Alcantarillado, S.A.» 828 de mayo de 1984). En esta Sentencia, al levantar el velo de la personalidad jurídica de dicha sociedad se descubre al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, confirmando la condena de indemnización de daños causados por la red municipal de abastecimiento de agua. *Vid.*, borrajo, *op. cit.* nota 133.

Es sabido que la persona jurídico-pública (Entes públicos, organismos autónomos), por su dependencia estatal, se basan en una ficción mayor que la persona jurídico-privada¹⁴⁶. La primera posee una voluntad derivada, fiduciaria, careciendo de una organización capaz de alumbrar una voluntad propia y carece, en rigor, de un patrimonio propio (es del Estado). Ahora bien, esta ficción se da asimismo en la empresa pública, aunque se vista de personalidad jurídico-privada. El Estado está detrás: nombra a sus dirigentes, les dota patrimonialmente, las mantiene financieramente (al menos hasta ahora). Y los acreedores se basan en esa garantía implícita del Estado, como ya he dicho, a la hora de conceder créditos a las empresas públicas. Según esta argumentación, si se permitiera la quiebra de la empresa pública, se rompería la confianza en la situación jurídica en que esos terceros tenían derecho a confiar. Tal quiebra en fraude de acreedores obligaría a «descorrer el velo de la personalidad» y el Estado asumiría la responsabilidad patrimonial correspondiente. La cuestión es verdaderamente planteable.

Es un círculo vicioso: la quiebra no puede aceptarse porque existe una garantía implícita del Estado en el endeudamiento de sus empresas públicas; y por otra parte, esta expectativa de garantía pública únicamente se puede romper al aceptar que las empresas públicas puedan quebrar.

Pero ello no es sino una más de las contradicciones inherentes a la empresa pública, en el choque de su elemento empresarial y su naturaleza pública. Para salir de este círculo vicioso sería necesario «despolitizar» la empresa

pública, eliminar su implícito respaldo estatal. Pero ya sabemos cuán difícil es esta despolitización, aspiración histórica siempre fracasada, que es un vicio institucional de la empresa pública y, por ello, prácticamente incorregible.

b) Inaplicabilidad de controles propios del derecho público.

Hasta aquí hemos visto la inaplicabilidad a las empresas públicas de los más característicos mecanismos de control que ofrece el derecho a la empresa privada. Veamos ahora como tampoco es fácil aplicarle los mecanismos y técnicas de control que ofrece el derecho público. En efecto, dado que el accionista mayoritario de la empresa pública es el Estado, el control principal debería ejercerse a través del Parlamento, representante de la nación. De acuerdo con esa visión patrimonialista de la empresa pública que hoy se propugna¹⁴⁷, el Parlamento debería funcionar como una especie de Junta General Permanente con funciones de supervisión y control. Ahora bien, ello no es así, ni probablemente lo sea nunca, por las razones que enseguida veremos. Se ha pedido muchas veces¹⁴⁸, pero hasta ahora ese control no existe, ni en su diseño ni en su ejecución; el Gobierno hace lo que se le antoja con el sector público. Veámoslo.

a') Creación de empresas públicas. Dada la necesaria justificación en términos de interés público —con la ambigüedad de este criterio— que exige la creación de las empresas públicas, es de vital importancia la determinación de la competencia, procedimientos y garantías para apreciar en cada caso concreto la existencia de

¹⁴⁶ Sobre esto, me pronuncié ampliamente hace ya muchos años: Vid., ARINO, «La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico», Madrid, 1972.

¹⁴⁷ Según el nuevo papel de la empresa pública, con criterios estrictamente empresariales, la conexión del Estado con sus empresas debe ser patrimonial —debido a su participación accionarial— y no política.

¹⁴⁸ La necesidad de ejercer un verdadero control parlamentario sobre las empresas públicas no es una novedad del gobierno socialista. Ya en 1981, Boyer proponía diferentes mecanismos para reforzar dicho control, en sus aspectos «ex-ante» y «ex-post», en aplicación de los criterios sobre la empresa pública establecidos en los Acuerdos de la Moncloa. Vid. Boyer, op. cit., nota 134.

un interés público prevalente que justifique la iniciativa empresarial¹⁴⁹. Mientras la doctrina mejor fundada¹⁵⁰ ha insistido en la exigencia de una ley formal para la creación de empresas públicas –garantizando la publicidad de los motivos y un debate sobre su rentabilidad económica y social–, el legislador ha optado por atribuir la competencia al Consejo de Ministros¹⁵¹.

En la práctica no siempre se cumple esta exigencia, especialmente para la creación de filiales o tomas de participación, por lo que el descontrol es total y ha dado lugar a uno de los fenómenos más sorprendentes de la empresa pública española: ese «expansionismo» de los últimos años en sectores como la alimentación (Mercasa, Elosua, Ebro Agrícola, Royal Brands, Lesa, Carcesa, etc.), sector inmobiliario (negocios de Renfe, Argentaria y Patrimonio en materia de suelo y vivienda), o esa especie de «tendero universal» en que se está convirtiendo ALDEASA, con la proliferación de empresas «instrumentales»¹⁵².

b') El control previo de sus actuaciones: en teoría, se debería ejercer a través de la aprobación parlamentaria de los PAIF (planes de actuación, inversión y financiación de las empresas públicas), que hoy son simplemente aprobados por el Gobierno según prescribe el art. 10 de la Ley General Presupuestaria. La doctrina señaló hace ya años que para que existiera cierto control parlamentario «a priori» sobre los planes

de actuación de la empresa pública sería necesaria la aprobación de los PAIF por el Parlamento¹⁵³, y no sólo por el Gobierno, como sucede actualmente. Si tuvieran que elaborar un presupuesto de explotación o de capital –por recibir subvenciones corrientes o de capital a cargo de los Presupuestos Generales– éste sería igualmente sometido al acuerdo del Gobierno. De todas formas, en la práctica ni siquiera se envía dicha información al Parlamento¹⁵⁴.

Son quizás estas razones, fundamentalmente de origen presupuestario, las que justificarían la aparición y extensión que ha tenido la figura de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que por Ley ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico-privado, constituyéndose como la opción más frecuente frente a la de los Organismos Autónomos. Con ello lo que se consigue es sustraer a las Cámaras legislativas el control jurídico y político sobre la aprobación de los presupuestos de los Entes públicos sujetos al Derecho privado que, de este modo, se constituyen en un verdadero instrumento del Gobierno, de quien dependen incluso a efectos económicos y presupuestarios. Se elude así el control del Parlamento sobre el gasto público, mediante la fácil técnica de someter el Poder Ejecutivo a un régimen de Derecho privado. Se vulnera también con esta técnica el principio de universalidad presupuestaria, puesto que los Presupuestos Generales del Estado no recogen ya los de todo el sector público.

¹⁴⁹ Vid. ARIÑO, *op. cit.*, nota 5, «La empresa pública», pág. 97.

¹⁵⁰ Vid. ARIÑO *idem*.

¹⁵¹ Tanto para la creación de empresas públicas «ex novo», como para la adquisición de empresas ya existentes, según el art. 100 de la Ley de patrimonio del Estado de 1964, el art. 6.3 de la Ley General Presupuestaria de 1977, el art. 123.4.4 de la ley de presupuestos para 1989 –por el que el INI ha de ser autorizado por el Gobierno para dichas operaciones– y la disposición adicional 1.ª 5 de la ley de creación del INH en 1981.

¹⁵² Esto no es solo propio de España. En Francia o Italia ha ocurrido todavía en mayor grado.

¹⁵³ Vid. ARIÑO, en el Capítulo X: Conclusiones. Directrices de Reforma, de su obra «La empresa pública», *op. cit.* nota 5. En nuestra opinión, como dijimos allí, el Gobierno debería llegar al Parlamento anualmente el Plan General de actuación

de los «holdings» públicos y de las empresas no encuadradas en aquéllos. El actual sistema de los PAIF, según los arts. 87 y siguientes de la LGP, sería plenamente aceptable incorporando a él la ratificación parlamentaria.

¹⁵⁴ Bergasa, diputado del PSOE, afirmó ante el Parlamento que existía un control parlamentario previo sobre las empresas públicas, ya que los PAIF han de ser notificados a las Cortes previamente, a través de los Presupuestos Generales. Vid. Toma en consideración de proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso sobre «Control por las Cortes Generales de la enajenación o privatización de empresas y participaciones accionarias del Estado, de los organismos autónomos, sociedades estatales y empresas públicas», Diario de Sesiones, CONGRESO, 15 de septiembre de 1992, núm. 208. Pero esto no es verdad, hoy. Quien esto escribe pidió en más de una ocasión los citados PAIF, en los debates presupuestarios, sin que fueran jamás aportados.

Efectivamente, en el debate presupuestario algunas de las llamadas «Sociedades estatales» de gran envergadura se limitan a presentar un resumen del Presupuesto de Explotación y Gastos, que resulta en muchos casos escasísimo, apenas tres cifras por página de presupuesto. «Aunque en la práctica se admiten por la Comisión de Presupuestos enmiendas a estos documentos —ha señalado José Manuel Sala Arquer¹⁵⁵—, es evidente que lo limitado de su contenido no permite un verdadero control. Ahora bien, tampoco cabe desconocer que, dadas las limitaciones e insuficiencias que hoy por hoy existen en la regulación de dicho debate, el problema de la sustracción al control político no se remediaría si la Administración remitiese una documentación más amplia».

c) El control financiero «a posteriori» adolece igualmente de graves limitaciones¹⁵⁶. No sólo no funcionan correctamente los mecanismos de rendición de cuentas, a través de la IGAE y el Tribunal de Cuentas¹⁵⁷, sino que, falta información básica sobre el «cuánto» del gasto público¹⁵⁸. Es el Gobierno el que deliberadamente no le envía información a la IGAE y así, es virtualmente imposible que funcione el Tribunal de Cuentas. Por lo demás, el Tribunal va siempre con cuatro o cinco años de retraso en su trabajo en relación con el año corriente (en 1993 se fiscalizarán cuentas de 1988–89).

El interés de sus informes es, pues, puramente académico, no empresarial.

c) El control parlamentario: sus grandes limitaciones

Veamos ahora los términos en que está planteado, hoy por hoy, el control parlamentario

sobre el sector empresarial público, en especial a través del deber de información al Parlamento en los mismos términos que «cualquiera autoridades del Estado» (art. 109 de la Constitución).

Es lógico que, los componentes de las Cortes, como verdadera Junta General de las empresas públicas, se interesen porque sus arcas estén lo más llenas posible. De ahí que deseen recabar información sobre su funcionamiento y gestión. El derecho parlamentario a la información encuentra su fundamento jurídico en el art. 109 de la Constitución Española que establece lo siguiente:

«Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas».

Asimismo, el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados reconoce a los Diputados la facultad de solicitar de las Administraciones Públicas «los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias».

Pues bien, la cuestión que aquí se plantea es hasta qué punto la utilización de la forma societaria por parte del Estado será compatible con ese deber de información al Parlamento que tienen todas sus Autoridades. De una parte parece claro que la posición jurídica de la Administración pública no puede ser la misma que la de unas sociedades mercantiles sometidas

¹⁵⁵ Sala Arquer, J.M., «Huida al Derecho privado...», pág. 402.

¹⁵⁶ Dichas irregularidades contables han sido puestas en evidencia por múltiples informes del Tribunal de Cuentas. Recordemos, por ejemplo el reciente informe de fiscalización del organismo autónomo Aeropuertos Nacionales correspondiente al ejercicio 1987, según el Tribunal de Cuentas (30/3/1992), DIARIO DE SESIONES, CORTES GENERALES, 6 de octubre de 1992, núm. 52, pág. 1432.

¹⁵⁷ Art. 17 y 128 y ss. de la Ley General Presupuestaria. Vid., supra nota 40 sobre la inoperatividad del control del «Tribunal» de Cuentas.

¹⁵⁸ Este hecho ha sido reconocido por fuentes internas de la Secretaría de Estado de Hacienda.

al juego de la oferta y la demanda en un mercado abierto y competitivo. La reserva de sus planes o estrategias de actuación, de su situación interna o de sus proyectos, parece exigida por la naturaleza de las cosas. Por otro lado, y como hemos visto a lo largo de estas páginas, si las empresas públicas deben considerarse, o no, parte de las «Administraciones públicas», sobre las que pesa el deber de informar, es una cuestión discutida a nivel doctrinal¹⁵⁹.

Una interpretación amplia por parte de la Mesa del Congreso del art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados viene admitiendo a trámite las solicitudes de información dirigidas a las empresas estatales. Como el citado precepto se refiere a las «Administraciones públicas», parece que habría un argumento en favor de la consideración como tales a las citadas empresas, aunque, en realidad, las solicitudes no se dirigen directamente a la empresa pública, sino al Ministerio del que ésta depende.

Sin embargo, el apartado segundo del citado artículo contiene una importante salvedad que ha sido la vía de escape que ha permitido a los Presidentes de empresas públicas negarse en sus comparecencias a facilitar las informaciones solicitadas. Dice así:

«... La Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en el plazo no superior a treinta días y para su más

¹⁵⁹ Vid. Lavilla Rubira: «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad», en «Homenaje al Profesor García de Enterría», Madrid, 1991, Tomo III, pág. 2.013.

¹⁶⁰ Así, el director general de Radiotelevisión Española (RTVE) se acogió a la confidencialidad de los contratos que suscribe este Ente público con diversas empresas para no aportar la documentación requerida. Según el entonces director general de RTVE, Jordi García Candau, no resulta legalmente exigible acceder a la petición interesada, toda vez que RTVE y sus sociedades tiene carácter de sociedades anónimas y sus actividades se ajustan al ordenamiento jurídico privado en cuanto a sus relaciones con terceros, por lo que los documentos de las empresas con las que RTVE y sus sociedades firman

conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en Derecho que lo impidan».

En efecto, un análisis de las últimas dos legislaturas sobre las respuestas negativas del Gobierno a solicitudes de información, pone de manifiesto que mientras éste facilita sin reparos la documentación sobre balances, auditorías contables, etc., etc., —datos que, por otra parte, se hallan depositados en el Registro Mercantil— hay una negativa a proporcionar información sobre cuestiones que afectan a la política interna de la empresa: contenido o copia de contratos suscritos por ésta¹⁶⁰, actas de Consejo de Administración, comisiones pagadas a intermediarios, finalidad perseguida con determinadas investigaciones, precio de compraventa de determinada maquinaria, desglose de la cartera de valores de la sociedad, etc. De este modo, mientras las solicitudes que tienen por objeto documentación administrativa en sentido estricto no tropiezan con más límite que el derivado de las materias clasificadas como secretas¹⁶¹, en estos casos el fundamento jurídico de la negativa es muy distinto: se trata —se dice en las comunicaciones del Gobierno— de empresas que actúan «en el sector concurrencial de la economía», por lo que el conocimiento público de sus documentos internos y planes estratégicos, les colocaría en una situación de inferioridad frente a sus competidores. Esta negativa —a la que ciertamente no le falta razón— es muy frecuente en las comparecencias parlamentarias de los Presidentes de empresas públicas¹⁶². En

contratos «se deben considerar de carácter estrictamente confidencial».

¹⁶¹ Y aún en este punto el Derecho parlamentario no permite al Gobierno negar la información, sino tan solo suministrarla a puerta cerrada y a un número limitado de parlamentarios, representantes de sus respectivos grupos.

¹⁶² La negativa, en ocasiones, se extiende más o menos justificadamente a información sobre operaciones ajenas a la actividad típica de la empresa. Recientemente, ante una pregunta parlamentaria sobre la composición del «holding» inmobiliario de Argentaria, se respondió que sólo contestaría al Banco de España o a los Tribunales, pues en caso contrario vulneraría el principio de libre competencia y credibilidad de la entidad financiera. Vid. «Toma en consideración de proposición de ley... sobre privatización de empresas...» op. cit., supra nota 154.

ocasiones, estas comunicaciones gubernamentales invocan el art. 32 del Código de Comercio, que establece que «la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes» y asimismo que «la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo».

Todo ello es muy cierto y a la postre constituye una nueva manifestación de las contradicciones existentes entre el carácter «empresarial» y «público» de estos Entes cada vez más numerosos del art. 6 LGP. En cualquier caso, de lo dicho anteriormente se desprende que, existiendo un derecho parlamentario a la información, si se produce una colisión entre éste y otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos —como el de la libertad de empresa en un régimen competitivo— la solución no es la denegación de la información solicitada, sino que el sujeto requerido deberá facilitar dicha información siempre que sea posible adoptar medidas que permitan conciliar en términos razonables el derecho parlamentario a la información con las exigencias de la adecuada tutela de aquellos bienes o derechos, y tales medidas se adopten efectivamente. Normalmente dichas medidas, debieran consistir en determinar que la información se facilite en una sesión secreta y restringida. El argumento más sólido de esta posición doctrinal, representada por Juan José Lavilla Rubira, es el que se fundamenta en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 5/84, de 24 de mayo, reguladora de la comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado, que establece que «las Mesas de las Cámaras velarán porque ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto

a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales». El precepto establece, pues, la garantía que las Mesas de la Cámara deben prestar para que se preserven ad extra los derechos a la confidencialidad de la información amparada por estos derechos, facilitando el acceso a dicha información por los miembros de la Comisión. Asimismo, esta interpretación doctrinal establece que es presupuesto ineludible de esta generosa doctrina la concurrencia del requisito de la conexión entre lo solicitado y el cumplimiento de las funciones parlamentarias del solicitante. Entiende esta doctrina que cuando sea perceptible que la cumplimentación de la solicitud de información puede producir lesión a otros bienes o derechos constitucionales, cesará la presunción de realidad de la conexión, y el solicitante deberá acreditar su existencia, en términos tanto más precisos cuanto mayor sea la intensidad de aquella lesión potencial.

El tema no queda aquí más que apuntado. Un tratamiento completo desbordaría los límites de este estudio. Pero baste lo dicho para reafirmar la conclusión más arriba enunciada, que las anteriores líneas vienen a ratificar: por unas u otras razones —explicables si se quiere—, el Parlamento resulta en su actual funcionamiento incapaz de ejercer una supervisión y control sobre las empresas públicas, el Tribunal de Cuentas lo hace mal y tarde (con cuatro o cinco años de retraso, por lo que resulta inútil), la Intervención General del Estado no existe en ellas prácticamente y se limita a levantar actas o estadísticas. Es decir, que el Gobierno actúa con la más absoluta discrecionalidad y descontrol.

d) Inaplicabilidad del control elemental de cualquier organización.

Pero esto no es todo. La especial naturaleza y entorno de la empresa pública hace difícil que se logre el equilibrio que toda organización exige entre flexibilidad y control de la gestión.

Algunos autores han pensado que esa tensión podría resolverse con la opción «más libertad, más responsabilidad»¹⁶³ que se basa en la atribución de competencias y la exigencia de responsabilidades.

Sin embargo, en la empresa pública, el poder y la responsabilidad están disociados en gobernantes y gestores, respectivamente: unos tienen el poder y otros la responsabilidad. Al final, como decía Dreyfus, el gran patrón francés de Renault, el resultado es que nadie asume responsabilidades: la toma de decisiones se difumina, Ministros y gestores se cruzan papeles e informaciones, se mezclan los motivos y, al final, la decisión resultante es imputable a no se sabe quién¹⁶⁴.

Tampoco rigen en la empresa pública, ni las normas de responsabilidad de los administradores, ni las de los funcionarios. En la reciente ley de reforma del régimen jurídico de la Administración del Estado¹⁶⁵, el legislador no quiso extender el régimen de responsabilidad patrimonial a los altos cargos de las empresas públicas¹⁶⁶.

4. Conclusión final: ausencia total de todo control

De lo anteriormente expuesto se deduce con toda evidencia una conclusión: la «huida» al Derecho privado llevada a cabo hoy masivamente por múltiples Entidades de Derecho Público del art. 6.1. y 5 de la LGP desemboca en una ausencia total de control. En estas condiciones,

es muy difícil que, en su actuación, tales Entidades se mantengan íntegras y eficientes, pues el resultado final en el que desembocan es sorprendente: han logrado eliminar las garantías del derecho público y mantener sus privilegios. Ello constituye un formidable instrumento de poder para los Gobiernos que todos –izquierdas y derechas– quieren mantener¹⁶⁷.

Ahora bien, la historia y la ciencia política demuestran que la libre actuación en el ejercicio de prerrogativas públicas y en la disposición de fondos públicos entrañan gravísimos riesgos tanto para las libertades públicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos, como para el cuidado y buen orden de la riqueza nacional –con peligros de malversación, despilfarro y corrupción–.

No planteamos solo la preocupación dogmática, doctrinal, de que el «nuevo» Derecho administrativo acabe con las conquistas jurídicas del pasado, lo que sería ciertamente triste, sino un problema todavía más acuciante: que la «huida al Derecho privado» acabe con nuestros bolsillos. Y destruya nuestra economía de mercado.

Lejos de ser eficiente, la nueva Administración privatizada se caracteriza por un desbarajuste patrimonial y financiero notable. Hoy, el descontrol del gasto público constituye según todos los expertos el mayor problema de la Economía española. Y a ello contribuye –entre otros factores políticos y sociales– el caos normativo y la ruptura de las reglas clásicas de control que ha sufrido el Estado en los últimos años.

¹⁶³ Vid. VILLAR PALASI, *op. cit.*, *supra* nota 2.

¹⁶⁴ Vid. el capítulo sobre «Iniciativa pública y mercado...» del reciente libro de G. ARIÑO, «Economía y Estado», Madrid, 1993. Y antes mi trabajo «Empresa Pública...», en «El Modelo Económico...», *cit.*, págs. 69 y ss.

¹⁶⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común, BOE 27 de noviembre de 1992, núm. 285, pág. 40300.

¹⁶⁶ El Grupo Parlamentario Popular presentó una proposición de ley, que incluía expresamente ese ámbito subjetivo pero no

fue aceptada. Vid. Toma en consideración de proposiciones de ley, del grupo parlamentario en el Congreso, modificativa de la responsabilidad de altos cargos y creadora de la acción de responsabilidad subrogada en beneficio de la Administración, DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO, 27 de octubre de 1992, núm. 222, pág. 10963.

¹⁶⁷ Vid. ARIÑO. *op. cit.*, *supra* «La empresa pública» nota 5.

Y aunque no sea este el lugar y el momento para entrar en el debate genérico sobre la corrupción política, hemos de reconocer que con la legalización de esa «huida del Derecho», y la consiguiente eliminación de garantías, se han abierto múltiples vías para miles de actos de despilfarro y de corrupción.

Así pues y en contradicción con lo que en teoría se afirmaba al plantear este tema, parece cierto que la «huida del derecho Administrativo» no es nada deseable, tampoco desde la perspectiva de la eficiencia económica del Estado. Pero aunque así fuese, ¿sería ello admisible en un Estado de Derecho constitucionalmente consagrado?. Es lo que vamos a ver a continuación.

V. ESTADO Y DERECHO PRIVADO: USOS LICITOS E ILICITOS DE ESTE

Es esta una vieja cuestión que ha sido estudiada por la doctrina científica en muchas ocasiones. Primero fue la vieja teoría del Fisco, con la que se trató, en Alemania, de someter el Poder al derecho –privado, naturalmente– y a la responsabilidad patrimonial por sus actos. Después se formularía en Francia la distinción actos de autoridad-actos de gestión, para afirmar que aquellos actos que la Administración realiza «como un particular podría hacerlo en la gestión de su patrimonio» (Berthélémy), se someten, en principio al derecho común y a la competencia de los Tribunales civiles. Las consecuencias de esta formulación se reflejarán sobre todo, como se sabe, en materia contractual, patrimonial y de responsabilidad.

Finalmente, se elaborarán las recientes formulaciones sobre el ius privatum singulare de la Administración, con las que se pretende –en materia de contratos y de sociedades– encontrar ese «traje a la medida» para la vida patrimonial del Estado, que no necesita un derecho exorbitante y privilegiado.

No se trata ahora de replantear en toda su extensión este tema, que nos llevaría muy lejos en la historia. Antes bien, de lo que se trata, a la vista de esta huida en desbandada, masiva, de organismos del Estado a la formas de derecho privado, es de responder a estas dos preguntas:

- 1.^a) ¿Es libre el Estado para actuar, cuando quiera, bajo formas jurídicas sometidas al Derecho privado?. ¿Cuáles son los criterios de utilización de una u otra modalidad de gestión pública?.
- 2.^a) Cuando el Estado quede legitimado para actuar bajo el régimen jurídico privado, ¿deja por ello de estar vinculado a los principios básicos de Derecho público en materia patrimonial, en materia de contratación, de personal, procedimiento, etc.?. ¿Qué normativa debe presidir las actuaciones de la empresa pública, cualquiera que sea su «forma» jurídica?.

Naturalmente, por debajo de estas cuestiones, hay otra que está antes y fuera del Derecho y que en estos días se replantea una y otra vez: la cuestión de los fines del Estado. Tema controvertido, enraizado en diferentes concepciones sobre el papel del Estado (en el fondo, sobre el hombre y la sociedad) que se traduce en ideas diferentes sobre el ámbito de la Administración y el Derecho Administrativo.

Para responder a ellas en el plano del derecho positivo hay que partir del significado mismo del concepto del Estado de Derecho (o Estado Social de Derecho), tal como se consagra en nuestra Constitución.

1. Artículos 1, 9 y 103 de la Constitución. Reserva constitucional de derecho público y su significado. No hay libertad de elección de formas.

El art. 1 constituye a España «en un Estado social y democrático de Derecho que propugna

como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad...»; el art. 9 afirma que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...» y «garantiza el principio de legalidad,... la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»; finalmente, el art. 103.1 afirma: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho...»

Este conjunto de principios constitucionales apunta, con toda evidencia, a un régimen jurídico para «los poderes públicos» —el Estado y las Administraciones Públicas— que reúne los caracteres del derecho público, en los términos y características a los que aludimos unas páginas más atrás. En base a ellos, Ramón Parada y Silvia del Saz han planteado recientemente con brillantez la existencia de una verdadera reserva constitucional de Derecho Administrativo, que se podría oponer al movimiento de huida que ha quedado descrito¹⁶⁸. Según ellos, el «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» no se refiere a «cualquier derecho», sino que la interpretación conjunta de esas y otras disposiciones constitucionales parece indicar que el art. 103 se refiere cabalmente al Derecho Administrativo¹⁶⁹.

Borrajo Iñiesta cuestiona la existencia de dicha reserva constitucional de Derecho Administrativo. Para ello no desmonta la brillante argumentación de Del Saz y Parada, sino que

plantea la posibilidad de que los Códigos de Derecho privado, reforzados por la Constitución y por el Derecho comunitario europeo ofrezcan un sustrato suficiente para la existencia de un Derecho administrativo paralelo al que se cimenta en las leyes administrativas generales. La construcción de este derecho pretoriano correspondería —dice— a la jurisprudencia y a los estudiosos. Vid., Borrajo, op. cit., supra nota 133. Entiende también este autor que el Derecho privado sí controla a la Administración Pública cuando actúa bajo formas privadas, ya que el Derecho que sería aplicable a la Administración no sería el de los propietarios, sino el de los Administradores.

En mi opinión, ambas apreciaciones son equivocadas. Ese «derecho administrativo paralelo», hecho de pronunciamientos de los Tribunales y de opiniones doctrinales ofrecería escasa seguridad jurídica y, muy probablemente, escasa coherencia. Y la remisión al «derecho de los administradores» olvida que justamente ese derecho está escasamente elaborado por el derecho privado, edificado tradicionalmente sobre la propiedad y la libertad (autonomía de la voluntad). La única cuestión que en derecho privado ha preocupado es la exigencia de responsabilidad de los administradores, y ésta, apoyada siempre en conceptos tan vagos y generales (la «debida diligencia», lo que haría «un buen padre de familia», la conducta de «un ordenado empresario», o «un representante leal», los «usos del comercio», y otras expresiones por el estilo) que difícilmente permitirían exigirla en el proceso político-administrativo. En lo demás, el Derecho privado

¹⁶⁸ Vid. Prólogo de García Enterría, comentando el trabajo de Silvia del Saz, op. cit. supra nota 3. Idéntico planteamiento aparece en el Dictamen sobre Contratación Pública elaborado por Parada y Del Saz, op. cit. nota 4.

¹⁶⁹ En particular, aunque el art. 106 establece genéricamente que los tribunales controlarán la legalidad de la actuación administrativa, el art. 153.3 menciona expresamente la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de la actuación administrativa de las CCAA. Por ello es razonable

entender que el sometimiento a Derecho Administrativo y al control de la jurisdicción contenciosa se refiere a toda la Administración. Asimismo, sin la correlación entre actividad administrativa y Derecho Administrativo quedarían sin sentido las referencias constitucionales al régimen común de las AAPP (art. 149.1.18), y a instituciones propiamente administrativas como son la expropiación forzosa, contratos, concesiones, responsabilidad administrativa, dominio público, obras públicas y régimen estatutario de los funcionarios.

se remite a «las instrucciones del mandante», esto es, del dominus negotii, del propietario. Tal cuadro -ese pomposamente llamado «derecho de los administradores»- resulta pobre y simplón para amparar el inmenso volumen de negocios y tráfico jurídico que hoy se maneja por las Entidades públicas de todo tipo que someten su actuación al Derecho privado. Resulta ingenuo pensar que las violentas pasiones e intereses que invaden hoy la vida política pueden quedar encauzados, ordenados, garantizados, por tan pobre instrumento. La realidad hasta aquí expuesta demuestra que no es así. Por lo demás, las «instrucciones del mandante», en nuestro caso, son justamente las normas del derecho público.

Sobre el «acto de administración» y su posible trasplante del Derecho privado al Derecho público escribí ampliamente en mi Memoria de Cátedra, Madrid, 1972 y a ello me remito. Solamente añadiré ahora para concluir, que el mejor «derecho de los administradores» es justamente el contenido en las leyes administrativas, articulación precisa y detallada -tanto como cada sector requiera- de las instrucciones y mandatos que el «dominus negotii», -esto es, el pueblo español, a través del Parlamento- le dé al Gobierno, su gestor, en cada caso.

Conclusión que se refuerza con una interpretación teleológica, por cuanto la Constitución se refiere a unos principios connaturales a un régimen de derecho público que sólo el Derecho Administrativo puede garantizar¹⁷⁰. Aunque es materia conocida,

conviene recordar algunos de esos elementos configuradores del régimen jurídico propio de las Administraciones Públicas, que constituye el derecho común de éstas, que solo excepcionalmente pueden abandonar, si se quieren respetar los principios de un Estado de Derecho. He aquí algunos:

1) La estricta vinculación a la ley en su organización y actividad: los Entes administrativos no determinan autónomamente sus fines, sino que éstos les vienen dictados por el Ordenamiento¹⁷¹; frente a los sujetos particulares y a la autonomía de la voluntad típica del derecho privado, en derecho público puede predicarse, con mayor o menor intensidad, según los campos, la vinculatoriedad de la voluntad a la norma: principio de tipicidad del acto administrativo, prohibición de cláusulas accesorias no amparadas por la ley o que no sean acordes con los fines de ésta, etc...; el derecho no actúa como límite, sino como condición habilitante del contenido de su actividad; no pueden imponer cuotas o tasas no previstas en la Ley, ni siquiera con el consentimiento previo de los sujetos afectados, etc., etc.

2) Indisponibilidad sobre el patrimonio: la Administración, en cualquiera de sus formas o modalidades, se caracteriza por esta nota: no puede, en principio, llevar a cabo actos de disposición sobre el patrimonio, salvo habilitación legal expresa. La Administración no es el «dominus» y no puede, por tanto, adoptar decisiones que afecten de modo fundamental al patrimonio (donaciones, renunciaciones, enajenaciones, compromisos, hipotecas y otras

al criterio de especialidad están presididos en su régimen jurídico por un principio de adherencia a los fines predeterminados en la norma de tal forma que los actos que excedan de ese círculo de atribuciones son ultra vires y nulos: TREVILJANO, Tomo II, págs. 343-344. Vid. también BERTHELEMY, «Droit Administratif», 13^{eme}, Edit. Paris, 1933, págs. 41 y ss. en el que se refiere al distinto alcance del principio de especialidad, según el tipo de Ente (Administración institucional o Corporativa).

¹⁷⁰ Entre otros, principios de legalidad, no arbitrariedad, objetividad, mérito y capacidad, igualdad, actuación a través de procedimientos reglados, etc.

¹⁷¹ La determinación de los fines puede producirse según un sistema de cláusula general (Entes locales) o según un sistema de especialidad (Administración institucional y corporativa). Ahora bien, tanto en uno como en otro caso, la competencia es siempre específica. Sobre la distinción entre capacidad y competencia en las Administraciones públicas, Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., «Problemas actuales del Régimen Local», Sevilla, 1968, págs. 65 y ss. Por lo demás, todos los Entes que responden

cargas reales, etc.). Naturalmente, que el deslinde entre acto de administración y acto de disposición es variable y aquél puede suponer a veces auténticas enajenaciones.

3) La exigencia del debido procedimiento legal en sus actos y contratos, que han de revestir siempre las «formas» preestablecidas en garantía del interés público.

4) El respeto a los derechos fundamentales y en particular la sumisión al principio de igualdad, en todas sus múltiples manifestaciones: igualdad ante los beneficios y las cargas públicas, control y límite de la actuación discrecional, significado y vinculación del precedente, etc.; reglas todas ellas que tienen una tremenda riqueza de aplicaciones prácticas que son de sobra conocidas y no es del caso describir en este momento¹⁷².

5) Régimen financiero de derecho público: éste conlleva un presupuesto vinculante, presidido por el principio de preclusión y especialidad del gasto, estricta legalidad de sus ingresos, rendición pública de cuentas, intervención y control previo del gasto, todo ello en los términos expuestos con anterioridad.

6) Fiscalización jurisdiccional de toda su actuación, sin excepciones (no hay actos políticos) por Tribunales independientes y especializados.

Estas son algunas de las garantías y limitaciones (derogaciones en menos, respecto del derecho común) que acompañan a la Administración Pública en todas sus actuaciones. Por lo que se refiere a las inmunidades y prerrogativas de los

entes administrativos cabe señalar como notas más destacadas de su régimen jurídico, las siguientes, referidas fundamentalmente al Estado y «participables», en mayor o menor medida, a otros Entes públicos¹⁷³:

1) La presunción de legalidad de sus actos y el privilegio de decisión unilateral y ejecutoria, con todas las ventajas tanto sustantivas como procesales que tal situación supone.

2) Régimen privilegiado de sus bienes, sean estos demaniales o patrimoniales, en cuanto a potestad de investigación y deslinde, inembargabilidad, usucapión, acciones posesorias contra ellos, etc...

3) Régimen privilegiado de sus créditos (prelación, no compensación, ejecución por vía de apremio, principio solve et repete) y deudas (reducción de los plazos de prescripción y caducidad, inejecutabilidad de las mismas salvo por la propia Administración, etc.)¹⁷⁴.

4) Potestad de actuar coactivamente sobre los derechos ajenos: expropiaciones y limitaciones a los derechos privados individuales, supuestos de desahucio administrativo, afectación de bienes particulares a obras o servicios públicos, etc., sin poder ser paralizada por interdictos cuando actúa en el ejercicio de potestades específicas reconocidas en el Ordenamiento.

Tales son las notas fundamentales que tradicionalmente caracterizan, según ya se dijo, en más y en menos, el régimen jurídico-público de la Administración. Naturalmente, que no

¹⁷² Me remito en la descripción de algunas de ellas a VILLAR PALASI, J.L., «Derecho Administrativo...», cit., págs. 541 y ss. La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha venido a precisar cuidadosamente el alcance de este principio.

¹⁷³ Ampliamente, en GARCIA TREVIJANO, «Tratado», Tomo I, págs. 397 y ss.

¹⁷⁴ Consecuencia de este régimen privilegiado de bienes y derechos es, como dice GARCIA TREVIJANO que «los Entes públicos —ellos solos— aunque sean empresarios, carecen de la posibilidad de quebrar. Este procedimiento les es inaplicable. Esto es un privilegio subjetivo y nada tiene que ver con el

régimen especial aplicable a los concesionarios de servicios públicos por razón de estos servicios. Una entidad privada (como un empresario individual) que explote un servicio de esta naturaleza podrá quebrar y esta quiebra se regirá por los artículos especiales del Código de Comercio que tratan de mantener, a toda costa, la continuidad en la prestación del servicio. Pero cuando se trata de un Ente público, ni siquiera esto es aplicable. En el primer caso hay un privilegio objetivo —por razón del servicio—, y en el segundo, subjetivo —por razón del empresario—: GARCIA TREVIJANO, «Tratado», Tomo II págs. 342 y 343.

todas ellas pueden predicarse con plenitud de efectos para todos los Entes, ni siquiera, aún en aquellos que los tienen reconocidos expresamente, para todas sus relaciones jurídicas.

Pues bien, el Derecho privado no sirve para garantizar el cumplimiento de tales principios. Como se dijo más arriba, el Derecho privado es lo contrario: es el reino de la libertad, de la autonomía de la voluntad, de la propiedad (titularidad sobre los derechos, dominus negotii) y de la libre disposición sobre los mismos; es el reino de la privacidad e, incluso, de la arbitrariedad (potencialmente, al menos).

Si todo ello es así, resulta evidente que la Constitución, al consagrar los principios y procedimientos a que se ha de sujetar la actividad administrativa, ha establecido una «reserva de Derecho administrativo»¹⁷⁵ que impide la libre actuación de la Administración bajo el Derecho privado. Lo cual llevaría consigo, de una parte, la prohibición de utilizar el derecho privado en todas aquellas actividades que supongan ejercicio de autoridad o disposición de la riqueza pública (función recaudatoria, regulatoria, autorizante, expropiatoria, etc.; pero también en todas aquellas actividades que supongan reconocimiento de derechos, ayudas,

subvenciones, exclusivas de explotación o adjudicación de bienes y servicios). Pero de otra parte, incluso en aquellas actuaciones públicas bajo formas y régimen de derecho privado, por ejemplo, aquellas que se realicen en un contexto competitivo que por sí mismo impone una disciplina de actuación¹⁷⁶, o aquellas otras en que por Ley especial, en cada caso, se autorice tal régimen, hay que dejar bien sentado que la Administración bajo formas privadas no deja de ser Administración, y como tal ha de someterse a los principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos. Esto tiene importantes consecuencias en la aplicación de la Ley de Bases de la Contratación Pública a muchos Entes públicos y sociedades estatales en régimen jurídico privado, así como también al comportamiento de muchos servicios públicos¹⁷⁷.

Así pues, debemos rechazar el principio de libertad de elección de formas: el Estado no puede elegir, en aras a una pretendida eficacia, la forma que más cómoda le resulte para el ejercicio de sus funciones. Este es un planteamiento erróneo. Las «formas» elegidas para la realización de sus actividades deben adecuarse al contenido de éstas, sabiendo que, si la forma jurídico-mercantil (sociedades) impone un régimen

¹⁷⁵ Según Silvia del Saz esta reserva tiene carácter de «garantía institucional». Recordemos que este concepto de Derecho alemán es una técnica que protege a determinadas instituciones que se consideran esenciales en la organización jurídico-política, y para la preservación de los principios constitucionales.

¹⁷⁶ Ahora bien, en este supuesto intervienen otros límites constitucionales, sobre el papel de la empresa pública en una economía de mercado, por la combinación de los arts. 38 y 128 de la Constitución. Dado que la empresa pública nunca actúa en igualdad de condiciones respecto a la empresa privada, para mantener el sistema de economía de mercado habría que considerar que la iniciativa pública empresarial es secundaria, y exige la justificación de un interés público. Vid., Ariño, «La empresa pública», op. cit. nota 5.

¹⁷⁷ Por ejemplo, TVE (S.A.), en régimen de Derecho Privado, debe quedar sometida al respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de los particulares—en mayor grado que cualquier empresa periodística— ya que pertenece al sector público, a través del ente público RTVE.

El mismo Borrajo, op. cit., supra nota 133, que niega la existencia de una «reserva constitucional de Derecho Administrativo», afirma de forma clara el sometimiento de las empresas públicas—cualquiera que sea su «forma»—a los principios constitucionales que presiden la actuación de los poderes públicos, citando a este respecto dos sentencias del Tribunal Constitucional muy ilustrativas:

— La Sentencia «hermanos Bengoechea versus TVE, S.A.» (35/1983, 11 de mayo, J.C. 6:16), en la que se rechaza expresamente que la forma jurídico-privada de la entidad en mano pública pudiera desvincularle del respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución; y

— La Sentencia «Abat Dinares» (161/1991, de 18 de julio, JC 30:765), que otorga el amparo a unos médicos del Instituto Catalán de la Salud, porque el empleador es la Administración pública, sometida al principio de igualdad ante la Ley. No considera relevante la existencia de un ente público interpuesto ni el carácter laboral de los médicos demandantes.

jurídico de esa naturaleza, ésta no deberá utilizarse cuando tales actividades hayan de estar sometidas a las exigencias básicas del derecho público: control parlamentario, legalidad, financiación pública, respeto a los derechos fundamentales (de igualdad, etc.), fiscalización previa de sus actos.

Es obvio que tales exigencias no podrían aplicarse a empresas públicas concurrenciales, pues de hacerlo así, estarían siempre en una situación de inferioridad respecto de las empresas de la competencia¹⁷⁸.

De lo dicho hasta aquí —y en particular, de nuestro rechazo al principio de libertad de formas— se deduce la necesidad de revisar esas confusas «entidades de Derecho público que someten toda o parte de su actuación al Derecho privado», en las que se produce la ruptura forma/régimen jurídico. Es necesario en primer lugar, clarificar su campo de aplicación: hoy actúa como «cajón de sastre» que abarca todo tipo de actividades administrativas¹⁷⁹.

Es necesario, en segundo lugar, aclarar su naturaleza jurídica y su regulación, que hoy es un prodigio de confusión, ya que actualmente disfrutan de las ventajas de ambos ordenamientos y de ninguno de sus inconvenientes¹⁸⁰.

2. En particular, empresa pública y derecho administrativo

Legitimada en determinados supuestos la actuación pública bajo formas y régimen jurídico

privado, surge la siguiente pregunta: ¿son aplicables a la empresa pública constituida en forma jurídico-privada (sociedades) los principios básicos de Derecho público sobre contratación, personal, régimen patrimonial, control del gasto, responsabilidad...?. ¿Cuál es el ámbito de aplicación a ella del Derecho Administrativo?

La tesis hasta hoy más aceptada —que yo mismo he mantenido— es que la empresa pública está sometida a un régimen jurídico básico de Derecho privado, y sólo en determinados aspectos «ad intra» —debido a la condición del sujeto que posee el capital— se rige por el Derecho Administrativo.

La controversia radica en determinar si las empresas públicas han de respetar los principios constitucionales de igualdad, objetividad, mérito y capacidad, transparencia, control parlamentario, y otros, que vinculan a los poderes públicos y que se reflejan mediante garantías en todo el ordenamiento jurídico administrativo: régimen de la función pública, del patrimonio del Estado, de la contratación pública, etc.; o si por el contrario, su régimen tiene que ser el de las demás empresas, con las cuales aquélla tiene que competir para la obtención de recursos (capital, recursos humanos, materias primas y servicios).

En nuestra opinión, existe un núcleo básico de Derecho Administrativo aplicable a las empresas públicas que afecta a su régimen patrimonial, de contratación y de responsabilidad. Y ello, por la condición del sujeto que está detrás de la empresa pública que no es otro que

¹⁷⁸ De aquí se deduce que uno de los criterios fundamentales que podrían legitimar la elección de la forma privada para la gestión pública es la presencia de competencia en el sector económico de que se trate. En un contexto competitivo, la gestión pública necesita la agilidad que le proporciona la forma mercantil y el sometimiento al Derecho Privado. La propia competencia es una garantía para la eficacia de su gestión. En

cambio, el monopolio público ha de ser sometido a la regulación del Derecho Administrativo, por su faceta de Derecho «garantizador» para los ciudadanos: Vid., J. Manuel SALA ARQUER, «La huida al Derecho Privado», cit., supra, nota 4.

¹⁷⁹ Vid. los ejemplos expuestos en la sección II.2.B.

¹⁸⁰ Vid. comentarios anteriores, nota 136 de este Capítulo.

la Administración. Esta no puede burlar, sin más, los principios constitucionales a que se halla vinculada por el simple procedimiento de desgajar una parte de sí misma, adscribiéndole un patrimonio y convirtiéndola en sociedad anónima.

Esta conclusión no sólo deriva de una convicción doctrinal jurídico-política, sino que es un imperativo de orden práctico. El actual descontrol de la empresa pública —no operan en ella, como hemos visto, ni controles públicos ni privados— sólo puede remediarse mediante el reestablecimiento de ciertas garantías de objetividad, propias del Derecho público, ya que —pese a su aspiración— la empresa pública, como hemos visto, continúa vinculada íntimamente al poder político.

La mejor manera de entender lo que aquí se afirma es analizar el fenómeno desde la perspectiva financiera¹⁸¹. Hay que plantearse estas preguntas: ¿es la «peseta del Estado», siempre, «peseta del Estado»?¹⁸², ¿cuál es el concepto de fondos públicos?, ¿cuál debe ser su régimen jurídico?, ¿cuál es la condición de los fondos y bienes que manejan los Entes de todo tipo, públicos y privados, creados por el Estado para el desarrollo de sus funciones?.

Aunque rechazemos el criterio financiero para definir el ámbito de aplicación del Derecho

Administrativo¹⁸³, está claro que cuando la Administración actúa bajo formas jurídico-privadas, no goza de la misma libertad que un particular: la presencia de fondos públicos justifica y exige un control por parte del Estado¹⁸⁴.

Asimismo, en la Administración actual —que ejerce funciones muy heterogéneas— es razonable romper la uniformidad del régimen jurídico en el orden financiero, y arbitrar mecanismos de control del gasto adecuados a cada tipo de actividad.

No pretendemos someter a la empresa pública a las procedimientos tradicionales de fiscalización del gasto, pero sí se han de articular controles que —siendo compatibles con la agilidad del tráfico mercantil— sean eficaces para garantizar la adecuada gestión de los caudales públicos. Hoy, esos controles externos e independientes sobre las empresas son perfectamente posibles (auditorías, controles de gestión continua).

Con la «actividad empresarial» del Estado existe una inmensa masa de «fondos públicos» que no están sometidos a la intervención previa de la IGAE; pero siguen siendo «pesetas públicas», que deben someterse a determinados controles jurídicos y financieros de tipo público, que posibiliten la inexcusable rendición de cuentas en su gestión.

¹⁸¹ Este tema fue ampliamente tratado en mi «Memoria de Cátedra», en particular, el capítulo XV: La perspectiva financiera, págs. 856 y ss.

¹⁸² Antes de la crisis de fronteras entre las instituciones públicas y privadas no se planteaba ninguna duda: «la peseta pública era siempre peseta del Estado», y la Hacienda Pública recibía un enfoque estrictamente subjetivo.

¹⁸³ Según DEBBASCH, la presencia de fondos públicos es el criterio determinante para definir la acción administrativa. «Finances publiques et Droit Administratif» en Melanges Trotabas, París, 1970, pág. 121 y ss. Sin embargo, en mi opinión, hay que puntualizar: no es la presencia de «fondos públicos» lo que define la acción administrativa, sino que es la naturaleza administrativa del sujeto, o de las actividades realizadas, lo que hace que determinados «fondos» deban recibir un régimen jurídico de protección especial. Aunque ciertamente la presencia

de fondos públicos administrativizará de alguna manera la actividad de que se trate, ya que llevará siempre consigo un inevitable control. Vid. ARINO, «Memoria de Cátedra», pág. 932.

¹⁸⁴ A pesar de defender la libertad de formas jurídicas para la actuación del Estado, Borrajo coincide en esta afirmación: aunque la Administración se vista de formas privadas, no puede renegar de sí misma. Al manejar fondos públicos ha de someterse a los mandatos constitucionales, que no pueden ser burlados por el camaleonismo administrativo, ni siquiera con la colaboración del legislador. Así pues, en definitiva, la solución es al final la misma. No obstante, creemos más correcta la tesis de Parada y Silvia del Saz: la mejor forma de asegurar la vigencia de dichos mandatos constitucionales consiste justamente en la aplicación de los principios básicos del Derecho Administrativo.

3. La ruptura del principio de legalidad y unidad patrimonial del Estado

El viejo cuadro regulador de los poderes de disposición de los bienes del Estado —que exigía autorización caso por caso— está en quiebra. Ya hemos dicho que, para unos, esta ruptura constituye un proceso de eso que llaman «modernización»¹⁸⁵. Para otros, estamos ante una verdadera «crisis» del Derecho Administrativo¹⁸⁶, de la que no sería sino una de sus manifestaciones. En el fondo, es un ejemplo más de ese «progreso a tuestas» con el que avanzan las ciencias sociales; los cambios son necesarios pero hay que llevarlos a cabo sin menoscabar aquellos elementos valiosos que durante décadas —y a veces siglos— han sido la base legal de protección de nuestra riqueza pública.

Se suponía que el principio de legalidad financiera y de unidad patrimonial era una conquista irreversible del Estado de Derecho frente al Antiguo Régimen que se caracterizaba justamente por lo contrario. Sin embargo, he aquí que bajo la pretensión de eficacia de la acción administrativa y de flexibilidad en un contexto económico cambiante, se ha optado por eliminar dos de los pilares básicos del régimen tradicional del patrimonio del Estado: el principio de legalidad y el principio de unidad.

¹⁸⁵ Así piensan la mayoría de los políticos de estos últimos años, que han sido bastante irreverentes —por decirlo de un modo suave— con el Estado; con sus tradiciones y sus estructuras, con sus procedimientos y sus costumbres.

¹⁸⁶ Vid. Silvia del Saz, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo», en vol. colec. «Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios». Madrid, UNE-Civitas, 1992, págs. 99 y ss.

¹⁸⁷ Esta exigencia política fue formulada ya en las Cortes de Nieva, 1473, en la presentación de quejas contra el Rey Enrique IV, debido a su prodigalidad (las famosas «mercedes enriqueñas»). La prohibición que pesaba sobre el Príncipe, relativa a las disposiciones de los «bienes del Reino» de carácter inmueble, aparece en posteriores Recopilaciones de leyes, como fue la Recopilación de Carlos I en 1523.

a) El proceso de deslegalización de la competencia para disponer sobre los bienes

Como es bien sabido, los poderes de disposición sobre la riqueza pública han estado siempre, por encima de un cierto nivel, casi siempre muy bajo, reservados a la ley. Este principio de legalidad financiera y patrimonial, como tuve ocasión de exponer hace ya años, no es un invento del constitucionalismo, sino que arranca de una gloriosa tradición jurídica española. La expresión clásica en la historia del Derecho Público español, —«Derechos del Rey, derechos del Pueblo»— refleja una concepción del Estado y del Derecho basada en los siguientes principios: la afirmación de los derechos del pueblo sobre los bienes del Reino, la limitación de los poderes del Rey y la defensa del patrimonio común, que podría verse amenazado por la liberalidad del titular de la Corona. Mucho antes de que se teorizase sobre la personalidad jurídica del Estado, en el derecho español se afirmó que el Rey desempeñaba un «Oficio» dentro de la comunidad, necesitando el consenso expreso de sus súbditos para la adopción de ciertas decisiones, como la disposición de bienes inmuebles¹⁸⁷.

Toda esta concepción jurídico-política fue claramente recibida por nuestro primer constitucionalismo, en el art. 172 de la Constitución de Cádiz¹⁸⁸, manteniéndose como

La justificación doctrinal de esta prohibición utilizaba diversos argumentos: 1.— Ausencia de plena titularidad del Príncipe sobre los bienes del Reino, en base a dos concepciones: a) titularidad compartida con sus sucesores, y b) equiparación a los bienes dotales, pues se considera el Príncipe «marido de la República». y, 2.— El juramento hecho en capitulaciones por el Emperador. Vid. sobre todo ello mi estudio «Derechos del Rey, derechos del Pueblo», Actas del II Symposium de Historia de la Administración, Alcalá de Henares, 1971.

¹⁸⁸ Dicho art. 172, al decretar las restricciones del poder real, dice: «no puede el rey enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español» (n.º 4), «no puede el rey ceder ni enajenar los bienes nacionales sin consentimiento de las Cortes» (n.º 7).

regla tradicional en nuestro Derecho la exigencia de una ley para enajenar los derechos y propiedades del Estado (y anteriormente de la Corona). Así se consagraba todavía en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, vigente hasta 1964¹⁸⁹.

A partir de 1964 se inicia una progresiva deslegalización de la competencia para acordar la enajenación de bienes de Estado. En ese año, la ley del Patrimonio del Estado (arts. 61 y 62) otorgó al Ministerio de Hacienda la potestad para enajenar bienes cuyo valor no excediese de 5 millones de pts., y al Gobierno cuando no excediese de 20. Y desde entonces, sucesivas modificaciones de los arts. 61 y 62 de la LPE han ido ampliando desconsideradamente las facultades del Gobierno hasta el máximo, a costa de reducir la función de control del Parlamento¹⁹⁰.

El resultado final ha sido la deslegalización completa: en la actual redacción de los arts. 61 y 62 de la LPE, modificados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de 27 de diciembre de 1990, se otorga al Ministerio de Hacienda la competencia para enajenar bienes por valor de hasta 3.000 millones de pts., y al Gobierno en los restantes casos.

Esto es algo que debe ser corregido. Aunque sólo sea como medio de publicidad y control, no parece una «traba a la eficiencia» la mediación del trámite parlamentario para la disposición de riqueza pública por valor de miles de millones de pesetas.

¹⁸⁹ Como es sabido, el Derecho Administrativo que—derogando el Derecho Civil—somete la transmisión de bienes inmuebles del Estado a reglas específicas, se refiere a los bienes patrimoniales del Estado y a los bienes públicos desafectados. En los bienes de dominio público rige el «principio de inalienabilidad».

¹⁹⁰ La primera modificación realizada por la gestión socialista en 1983, podía considerarse una actualización razonable, al otorgar competencia al Ministro de Hacienda para enajenaciones hasta el valor de 25 millones, al Gobierno, entre 25 y 200 millones, y al Parlamento, en el resto de los casos.

En cambio, ya fue calificada como exagerada la deslegalización efectuada por Ley 33/1987 de 23 de diciembre (competencia del

En efecto, la eliminación total del control parlamentario sobre las enajenaciones de bienes inmuebles ha sido criticada de forma generalizada por la oposición política y por la opinión pública¹⁹¹. Se prescinde de una tradición jurídica hondamente arraigada en el Derecho español, bajo la «aparente» justificación de la eficiencia. Ya hemos aludido a los graves riesgos que tales apoderamientos genéricos e incontrolados llevan consigo.

Sea cual sea la verdadera razón —eficacia, flexibilidad o sencillamente la consolidación de un poder incontrolado— la consecuencia innegable de toda deslegalización es una excesiva discrecionalidad, una invitación a la arbitrariedad y a la corrupción. Esto es una experiencia de la ciencia política moderna y de la historia, desde las «mercedes enriqueñas» a nuestros días. Así es la naturaleza humana.

Por ello, para que el sistema ofrezca unas garantías mínimas de buena gestión y no prodigue la malversación de fondos públicos, parece imprescindible volver a legalizar las decisiones que afectan gravemente y de forma permanente al patrimonio público. El paradigma de estas decisiones son las enajenaciones de inmuebles por cuantías elevadas, pero también las compras o pérdidas de control de sociedades y las ventas o compras de empresas, tan de moda en nuestros días. En nuestra opinión, cuando se trate de compras —o de ventas— que supongan una nacionalización o una alteración sustancial de un sector de la economía, el Gobierno debería llevar estas decisiones al Parlamento para su aprobación o, en su caso, ratificación.

Ministerio de Economía hasta 2.000 millones, al Consejo de Ministros entre 2 y 4.000 millones, y al Legislador por encima de los 4.000 millones).

¹⁹¹ Vid. EXPANSION. 20 noviembre de 1990; y «La escalada de los poderes discrecionales», por José Manuel Otero Novas, en ABC, 12 diciembre de 1990. Desafortunadamente la deslegalización patrimonial no es un caso aislado en la gestión socialista: en dicha Ley de Presupuestos para 1991 se contabilizan hasta 21 preceptos que reducen los controles y la objetividad exigida en los diferentes campos de actuación de las AA.PP.

b) La quiebra de la unidad patrimonial del Estado

La situación actual, de disgregación de los bienes públicos en múltiples centros de decisión, con plenas facultades incluso para la disposición de inmuebles, es el resultado —ya se ha dicho— de una evolución reciente, en la que se ha destruido el principio tradicional de la unidad del Patrimonio del Estado.

La manifestación más sintomática de esta evolución la constituye esa transformación del régimen patrimonial de los Organismos Autónomos, mediante la afirmación de dos elementos: 1) la titularidad real sobre «patrimonios propios», y 2) el reconocimiento a favor de sus titulares, de plenas facultades de disposición sobre los bienes¹⁹².

Según la visión unitaria que nos ofrecía la Ley del Patrimonio, los Organismos Autónomos no poseían facultades de disposición sobre sus bienes y equipos, tanto si eran «adscritos» —regía la reversión según art. 82 LPE—, como si fueran «propios» —regía la incorporación al Patrimonio del Estado en caso de innecesidad para el cumplimiento de los fines del organismo—. En verdad, ni unos ni otros eran bienes propios del organismo, aunque se les llamase así.

Sobre esta base legal, la doctrina formuló la teoría de la titularidad fiduciaria de los organismos autónomos sobre sus bienes «propios»¹⁹³, ya

que dicha titularidad se dirigía al cumplimiento de una misión, a un destino concreto. De este modo, era lógico que la enajenación de los bienes de los organismos autónomos se regulará por las normas generales de la L.P.E.¹⁹⁴, al considerar que dichos bienes estaban integrados en el Patrimonio estatal. Solo en algún caso excepcional una Ley afirmaba expresamente lo contrario y adjudicaba bienes a los organismos con plena titularidad y capacidad de disposición sobre ellos¹⁹⁵.

Bajo esta concepción subyacía la visión profundamente centralizadora de la época: el principio de unidad de la Administración se traducía en el terreno patrimonial en la existencia de un único Patrimonio del Estado al servicio indistinto de los fines de éste.

Este régimen, ciertamente, tenía algunos efectos perversos. El art. 84 de la LPE mostró su rigidez e inadecuación para la regulación de los bienes propios de los Organismos Autónomos. Para evitar la reincorporación al Patrimonio del Estado, los gestores públicos no declaraban nunca como «bienes sobrantes» aquellos bienes innecesarios, con la consiguiente congelación de inmensas masas patrimoniales infrutilizadas. Por ello, poco a poco fueron deslizándose excepciones en la regulación, otorgando a determinados organismos autónomos facultades de disposición y asignación finalista¹⁹⁶.

Finalmente, en años recientes, la legislación reguladora de organismos autónomos ha

¹⁹² Somos deudores en este punto del trabajo, inédito por el momento titulado «La Afirmación Legal de los Patrimonios Propios de los Organismos Autónomos», por José Manuel Díaz Lema, Profesor Titular de Derecho Administrativo, de la Universidad Autónoma de Madrid, 1991, que nos ha sido facilitado por su autor.

¹⁹³ Vid., sobre este tema lo que escribí sobre la titularidad fiduciaria de los Organismos Autónomos, en Gaspar Ariño Ortiz, «La Administración Institucional», Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, págs. 360 y ss.

¹⁹⁴ Aplicabilidad del art. 61: competencia en función de la cuantía del bien (Ministro de Hacienda, Gobierno, Cortes), previa declaración de alienabilidad.

¹⁹⁵ Se trataba de Entes creados por ley con la misión —competencia, habilitación específica— de adquirir bienes «con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico», o que vienen autorizados por la Ley para constituir reservas necesarias para el cumplimiento de sus fines. Ejemplos típicos del primer grupo eran el Instituto Nacional de Colonización (hoy IRYDA), La Gerencia de Urbanización o el Instituto Nacional de la Vivienda; ejemplos del segundo podrían ser el INP, el INI o FEVE.

¹⁹⁶ Por ejemplo, se establece una regulación de las enajenaciones de inmuebles de RENFE al margen de la LPE. Según el art. 27.5 del Estatuto de Renfe, 1964, el Consejo de Renfe estaba autorizado a acordar la enajenación de bienes sobrantes, siempre que aplicase su producto en la mejora de sus instalaciones.

aceptado expresamente la existencia de un «patrimonio propio» de cada organismo, desgajándolo con precisión de los bienes adscritos por el Estado¹⁹⁷. La consecuencia principal de la afirmación legal de los patrimonios propios de los organismos autónomos es el reconocimiento de facultades plenas de disposición, como «dueños», aunque se sometan a una mayor o menor tutela por la Administración.

Siguiendo el esquema elaborado por Díaz Lema¹⁹⁸ podemos clasificar las facultades de disposición de los organismos autónomos en función del grado de intervención administrativa del órgano de tutela en una de estas tres opciones:

- a) Disposición de inmuebles sin restricciones¹⁹⁹.
- b) Disposición libre, o autorizada por la Administración, según la cuantía²⁰⁰.
- c) Disposición siempre sometida a autorización²⁰¹.

Y es aquí donde reside la clave para valorar este proceso de proliferación de autonomías patrimoniales. En una primera aproximación, el criterio de base es muy loable: frente a la infrautilización de grandes masas de bienes según la legislación tradicional, se pretende realizar una gestión más dinámica de los bienes inmuebles, en pro de los intereses generales.

¹⁹⁷ Dicho reconocimiento se realiza —entre otros— en la Ley de Ordenación de Transportes Terrestre, de 1987 (Renfe), en el Estatuto de Correos y Telégrafos, de 1990, en la Ley de Aguas, de 1985 (Confederaciones Hidrográficas), en la Ley de 1984 sobre la Gerencia de la Infraestructura de Defensa, y recientemente en el Proyecto de Ley de Puertos.

¹⁹⁸ Díaz Lema, J.M., «La afirmación legal de patrimonios propios de los organismos autónomos», Libro Homenaje al Prof. Clavero, tom. I, pag. 363 y ss.

¹⁹⁹ Es la tendencia mayoritaria. Destaca la libertad total que establece el art. 184.2 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, para la gestión inmobiliaria de Renfe.

²⁰⁰ Es la opción elegida en el Proyecto de Ley de Puertos: disposición libre hasta 3.000 millones, y autorizada por el Gobierno para transacciones de valor superior.

Ahora bien, en la instrumentación de dicho principio se han de guardar las debidas garantías. No es una casualidad que los grandes escándalos inmobiliarios públicos se hayan producido en el seno de entidades dirigidas por «temporeros irresponsables»²⁰², cuyo régimen patrimonial ha seguido la opción a): «disposición de inmuebles sin restricciones».

El problema puede revestir gravedad en los casos de liberalización sin restricciones, que es la tendencia mayoritaria en la configuración legal de los nuevos organismos autónomos. En cambio, nos parece una fórmula más razonable la opción b): «disposición libre o autorizada por la Administración, según la cuantía». En ella se compagina la autonomía patrimonial y la cautela necesaria para gestionar determinados valores patrimoniales.

Por último, es importante situar esta profunda transformación del régimen patrimonial de los organismos autónomos —particularmente en materia de disposición de bienes propios— dentro de la nueva «ideología» imperante en el tratamiento de los patrimonios públicos. Las apremiantes necesidades financieras de un Estado-Providencia, que toma sobre sí todas las necesidades de los ciudadanos, pueden llevar a los Gobiernos a un proceso de enajenaciones masivas de bienes acumulados durante siglos. La tentación de los nuevos gestores de Correos, Puertos, Confederaciones, Ferrocarriles o Banca Oficial, de conseguir ingresos «atípicos»

²⁰¹ Es un procedimiento inusual, justificado por peculiaridades del organismo autónomo de que se trate. Es el caso de la Gerencia de la Infraestructura de Defensa —creada por la ley 28/84, de 31 de julio de 1984—, que utiliza un criterio similar a la LPE: las enajenaciones hasta 3.000 millones han de ser autorizadas por el Ministerio de Defensa, y las de valor superior, por el Gobierno. Estas restricciones se deben a la función propia de este Organismo, que se limita a la enajenación de los bienes afectos a la defensa nacional, previa su desafectación.

²⁰² Recordemos la «movilidad de los dirigentes» inherente a las empresas públicas. Dicha respectiva de corto plazo se agrava por la inexistencia de controles —públicos o privados— sobre dichos gestores, como se trata en la Sección IV.3. de este estudio.

vendiendo patrimonio a cualquier precio, puede ser muy grande, según hemos visto.

4. Derecho público frente a Derecho privado en las actuaciones patrimoniales del Estado: ¿existe un *ius privatum singulare* para los contratos y empresas del Estado?. Experiencia del mundo anglosajón.

El tema del *ius privatum singulare* para la Administración Pública cuando ésta es autorizada por la Ley a «huir» del Derecho Administrativo, se planteó hace ahora 25 años en la polémica anteriormente citada sobre el art. 398 del Reglamento de Contratos del Estado de 1967 convertido luego en la Disposición Transitoria 2ª del vigente Texto de 1975. La Dirección General del Patrimonio y la Dirección General de lo Contencioso del Estado mantenían la tesis de la existencia de unas reglas propias de la contratación y del régimen jurídico de las sociedades, aplicables al Estado cuando es éste quien contrata o constituye sociedades sometiéndose al derecho privado. El art. 398 del Reglamento era un ejemplo de ello, en cuanto que suponía simplemente abrir la posibilidad de «ordenación interna» de la actividad de las empresas nacionales por su propietario, reglamentación que «no constituía derecho público sino privado porque éste es —decían— el modo de ser propio de tales entidades». Y así, las normas sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras y suministros, cuya observancia se quería imponer a las empresas públicas no eran reglas de derecho público, como decía el Consejo de Estado, sino instrucciones internas de cuya ejecución debería cuidar, bajo su responsabilidad, el Consejero Delegado o cargo equivalente de la empresa. Ello suponía que los terceros contratantes no tenían derecho a exigir su cumplimiento, pero sí la Administración tutora de la empresa.

Este planteamiento, que entonces resultaba de aplicación excepcional (puesto que

excepcional era la aplicación del Derecho privado, sólo a las entonces llamadas Empresas Nacionales en forma de Sociedad) resulta hoy de mucha mayor trascendencia, después de la huida en desbandada que, masivamente, están prodigando los Entes y organismos administrativos en la forma que hemos visto.

Se replantea así la cuestión de las «regulaciones internas» que puedan ser dictadas por el Estado o por la propia empresa en todos aquellos casos de entidades sometidas al Derecho privado que protagonizan importantes parcelas de la contratación pública (por ejemplo, RENFE, AENA, Puertos del Estado, Confederaciones Hidrográficas, IMPROASA, RETEVISION y otros), a través de los cuales se gestiona una parte muy importante de la inversión pública.

Para responder a esta cuestión, nada mejor que recordar aquí la experiencia del mundo anglosajón cuya evolución en los últimos años resulta muy ilustrativa. Porque como es sabido, la contratación pública en los países del Common Law quedó durante muchos años al margen del Derecho Administrativo. La tradición jurídica de estos países era, en este punto, la siguiente: la contratación del Estado es actividad de carácter privado, puramente doméstica, de análoga naturaleza a la que desarrolla un particular en la gestión de su patrimonio; nada tienen que ver con el Derecho Administrativo, ni siquiera cuando son contratos del Gobierno²⁰³.

La razón de fondo para ello era ésta: los contratos, por definición, no son instrumento del ejercicio unilateral del poder, que se imponga coactivamente al ciudadano; son actos de gestión patrimonial que el Gobierno, como administrador y gestor de la riqueza pública está genéricamente autorizado a realizar. Todo ello bajo la vigilancia y control del Parlamento (o Congreso), que

²⁰³ Vid., entre otros Pound, R., «The rule of Law and The Modern Social Welfare State», *Vanderbilt Law Review*, vol. 7 (1953), págs. 11 y ss.

ocupa en estos casos la posición del dominus respecto al gestor. Ningún riesgo político hay en ello, pues el Legislativo ejerce un estricto control sobre los programas de Gobierno a través de los diferentes Bills, a través de la aprobación del Presupuesto anual, y a través de las singulares y aisladas «Appropriations» en cada caso (aprobación parlamentaria del gasto y pago).

Y así, todavía en 1940, el Tribunal Supremo norteamericano hacía esta declaración:

«Como individuos y empresas privadas, el Gobierno goza de la libre autoridad para procurarse los bienes que necesita, para decidir con quién va a contratar y para fijar los términos y condiciones de la relación...». «Pero como tiene que actuar por necesidad a través de agentes, puede el gobierno, con objeto de mantener su propia casa en orden (for the purpose of keeping its own house in order), sentar algunas directrices (guideposts), a través de las cuales deban aquéllos proceder, y crean obligaciones sólo respecto del Gobierno...».

El texto no tiene desperdicio: según él el Gobierno goza de la misma libertad que cualquier privado, tanto para elegir a sus contratistas como para fijar el contenido contractual; las reglas que orienten a los agentes no son Derecho público, sino puras instrucciones internas; por tanto, no crean derecho alguno exigible por los ciudadanos (habrá, eventualmente, una responsabilidad del funcionario con su superior por su incumplimiento). Es interesante destacar la similitud de dicho planteamiento con la interpretación que la Dirección General de lo Contencioso hacía del viejo art. 398 en su aplicación a las empresas nacionales, con la diferencia de que la concepción del Common Law era de aplicación general y convertía al Estado en una inmensa empresa nacional en todas sus actuaciones patrimoniales. Por mucho que pueda sorprender, a este resultado final llevaría, si no se le pone coto, el amplio proceso de reforma institucional (huida al Derecho

privado, etc.) descrito en la primera parte de este estudio. Algunos de sus promotores, conocedores superficiales del mundo anglosajón (norteamericano, básicamente), creen que en ello consiste justamente lo que llaman la «modernización» de las Administraciones Públicas.

Ignoran tales personas que este es un planteamiento verdaderamente primitivo, que recuerda nuestra situación anterior al Decreto Bravo Murillo (1852) y que, como es natural, se prestaba –y se presta– a toda clase de abusos. Ignoran también que es este un planteamiento superado ya en los propios Estados Unidos donde no podía subsistir tal concepción con una Administración en la que parte muy sustanciosa del Presupuesto nacional se maneja a través de contratos. Por ello, frente a las irregularidades de todo tipo a que el sistema se prestaba (favoritismos políticos en el otorgamiento de contratos, en pago de apoyos electorales; inseguridad para los fondos públicos en la negociación de los precios; desigualdad de trato –unos reciben los favores y otros los rigores–; confusión en cuanto al régimen jurídico, etc.), tanto el Congreso como los Tribunales se plantearon la necesidad de someter estas actividades a normas de Derecho público.

No es éste el momento de contar la profunda transformación experimentada por la contratación del Gobierno norteamericano entre 1947 y 1964²⁰⁴. Sólo diré que el resultado ha sido la progresiva publicación, en su naturaleza y en su regulación específica, de los contratos del Estado en un país que tradicionalmente pertenece al mundo del Common Law.

²⁰⁴ Para quien le interese puedo remitirle a un estudio mío anterior que con el título «Contrato del Estado y Common Law» se publicó como prólogo al Libro de D. José Ignacio Monedero, «Doctrina del Contrato del Estado», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, págs. 5 a 53.

Las enseñanzas que se pueden extraer de este proceso son obvias: 1.^a) el régimen jurídico-privado nunca ha sido marco adecuado para las relaciones del Estado; quizás en anteriores etapas de primitivismo de la Administración y del Derecho Público, no hubo más remedio que hacerlo así, pero la mera remisión de los contratos del Estado o sus organismos dependientes al Derecho Común es un atentado permanente, tanto al interés público como a la seguridad y garantía del ciudadano. La experiencia histórica y comparada demuestra que es mucho peor, tanto para los intereses públicos como para la situación de los contratistas, la aplicación del Derecho privado en este campo. 2.^a) Quien únicamente sale «beneficiado» de semejante situación son los políticos titulares del órgano de contratación, que pueden hacer un uso indiscriminado del «inmenso poder de gastar» que tienen hoy los Estados modernos y que les permite prodigar sus favores a quien les interesa.

La conclusión que de todo ello se deriva es la siguiente: ya revistan forma pública o forma privada, todos aquellos Entes o Sociedades que gestionan importantes cifras de contratación por cuenta del Estado (esto es, con dinero público) deben someterse a un régimen de Derecho Público que establezca, con carácter obligatorio y universal, las reglas y controles a los que debe someterse dicha contratación; reglas de Derecho Público, exigibles por terceros y apreciables de oficio por los Tribunales, con la consiguiente anulación del acto o el contrato en

²⁰⁵ En el estudio citado de Borrajo (*supra*, nota 133), el autor reconoce que la no aplicación de la Ley de Contratos del Estado a las empresas públicas puede ser problemática. Sin embargo, las soluciones que propone no nos parecen realistas.

—Los contratos de mayor envergadura —dice— quedarán sometidos a las exigencias de transparencia e igualdad de trato que impone el Derecho comunitario. (Siempre, claro está, que se logre evitar el fraccionamiento fraudulento de los contratos).

—En segundo lugar, propone acudir a diferentes textos legales: el art. 9 y el 14 de la Constitución, el art. 1255 del Código Civil, los arts. 255 y 258 del Código de Comercio, o incluso la Disposición Transitoria 2.^a del Reglamento de Contratos del Estado, «cuyas posibilidades permanecen inéditas...»; ¡Y tanto...! Nunca han tenido efectos.

Ambas salidas resultan, de nuevo, insuficientes. Mucho nos

caso de incumplimiento. Para conseguir tal resultado no basta ni el *ius privatum singulare* ni una flexibilización del régimen jurídico como la llevada a cabo en la Disposición Transitoria 2.^a del Texto de 1975 que ha sido inoperante²⁰⁵; resulta todavía más inexplicable la eliminación de toda referencia a este tema que ha sido llevada a cabo en el Proyecto de Ley actualmente en debate en el Congreso de los Diputados, en el cual se consagra una exención general de la aplicación de la nueva Ley a las Sociedades estatales. Es este un inmenso caballo de Troya que se introduce dentro del recinto de las garantías jurídicas y económicas de la contratación pública.

A la vista de lo anterior y de la experiencia reciente de lo ocurrido con la contratación pública en España (en la que anidan toda clase de irregularidades y corrupciones) resulta alarmante el régimen jurídico que se prevé para estos supuestos en el futuro. Y un tanto risible el reciente intento de RENFE de controlar sus operaciones de contratación, incluidas las enajenaciones de terrenos, mediante directrices internas; o las manifestaciones del Presidente de IMPROASA en el Congreso de los Diputados en las que afirma que ellos conocen bien los criterios de la contratación pública y que «procurarán» ajustarse a ellas²⁰⁶.

Si todo ello no se corrige a tiempo, la degradación del Estado y de la vida política española puede alcanzar, como en Italia, cotas indescriptibles.

tememos que la remisión al Derecho privado «modulado» puede ser tan eficaz como lo fue en el «Common Law», es decir, nada.

²⁰⁶ Igualmente risible resulta, por ingenua, esa pretensión de alumbrar un Código deontológico, solución defendida por la Presidencia de Renfe ante el Congreso de los Diputados para frenar actuaciones como la del Sr. Ornia, consejero de TIFSA —empresa participada al 100% por Renfe—, que recibió comisiones por mediar en su contrato del AVE para Siemens. «Se va a pedir —dijo la Sra. Sala— la firma de dicho Código a todos los que tienen responsabilidades en Renfe, incluyendo a los presidentes de las empresas participadas por Renfe». *Vid.*, Comparecencia de la Presidencia de Renfe, Diario de SESIONES DEL CONGRESO, 10 de febrero de 1993. ¡Estamos arreglados, si esto es todo lo que se le ocurre a la Sra. Presidenta!

VI. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y FORMAS JURIDICAS. ALGUNAS ENSEÑANZAS A APRENDER. EN CUANTO AL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PUBLICAS.

En el Derecho de la CEE no son válidos los intentos de manipulación de las formas jurídicas con objeto de «huir» de la legalidad. Y ello porque, desde sus comienzos, para asegurar la aplicación efectiva y uniforme de los objetivos comunitarios, el Ordenamiento Jurídico Europeo ha impuesto su vigencia sobre supuestos de hecho definidos en sus propias normas, y no en los derechos de los Estados miembros²⁰⁷. Ello es lógico si pensamos que la eficacia jurídica de las disposiciones comunitarias no podía depender de las interesadas y caprichosas calificaciones formalistas de cada Estado. Por el contrario, éstas se deberán inspirar en «nociones de derecho comunitario» emanados de la doctrina y la jurisprudencia comunitaria sobre la base de las disposiciones contenidas en los Tratados. En más de una ocasión, el legislador comunitario se ha pronunciado, por ejemplo, sobre el concepto de «empresa pública» a los efectos de la regulación comunitaria en materia de ayudas o de derecho de la competencia, o sobre el concepto de «organismo de derecho público» en materia de la contratación pública.

Así, en base a las normas sobre libre competencia recogidas en el Tratado de Roma, la Comunidad ha reconocido el riesgo de distorsión del mercado que implican las empresas públicas y aquéllas (incluso privadas) a las cuales los Estados miembros conceden derechos especiales y exclusivos (art. 90.1 del TCEE).

²⁰⁷ Como sostiene J.V. Louis, el Ordenamiento Jurídico Comunitario es esencialmente creador de derecho, y se basa en él para asegurar su eficacia, ya que la subordinación a unas normas comunes en todos los Estados miembros requiere que se mantenga la uniformidad de su aplicación. «El Ordenamiento Jurídico Comunitario», (Perspectivas Europeas, 2.ª Edición).

²⁰⁸ »Le Traité instituant la CEE», Commentaire article par article, *Económica*, pág. 474.

Como ha recalcado el Profesor Dibout: «si las empresas públicas hubieran quedado sustraídas a las reglas del Tratado, y en especial a las reglas sobre competencia, ello hubiera conducido a distorsiones de la competencia y a desigualdades entre los Estados miembros, ya que éstos hubieran tendido a crear dichas empresas con el único fin de situar ciertos sectores de actividad en una posición privilegiada inconciliable con los objetivos de la Comunidad»²⁰⁸.

Sin embargo, debido justamente a las diferentes concepciones imperantes en los Estados miembros sobre empresas públicas, la Comisión entendió por Empresa pública «...cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»²⁰⁹.

Esto contrasta con el criterio formalista adoptado por la legislación española, que permite, como hemos visto, la utilización por el legislador de fórmulas jurídicas que implican el sometimiento de la actividad administrativa al Derecho privado con el fin de escapar de la legalidad que supone su inclusión en el ámbito del régimen jurídico público.

En la normativa comunitaria la «Empresa Pública» queda así caracterizada, por ser objeto de «influencia dominante» por parte de los poderes públicos. Y para aclarar este concepto la directiva establece que existe presunción de «influencia dominante» cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, a) poseen la mayoría del capital suscrito, b) disponen de la mayoría de los votos o, c) pueden designar a

²⁰⁹ Art. 2 de la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las Empresas públicas. La directiva asegura y verifica que las Empresas públicas, debido a sus especiales relaciones con los poderes públicos, no reciben ayudas encubiertas de la autoridad pública. DOCE L 195/35, 1980.

más de la mitad de los miembros del órgano de Administración, de dirección o vigilancia de dichas sociedades.

Esta definición ha recibido el apoyo de la mayoría de la doctrina, y ha sido acogida por las demás instituciones de la CEE, y en especial por el Tribunal de Justicia²¹⁰, que incluso la ha desarrollado y mejorado. En este sentido, el TJCE ha declarado que en la consideración de «Empresa Pública» a efectos de la Directiva 80/723/CEE no es necesario que ésta tenga personalidad jurídica propia. Atendiendo a un análisis puramente funcional de la actividad de los poderes públicos, el Tribunal sostuvo que cuando éstos ejerzan una actividad económica de carácter comercial, dicha acción debe quedar sometida a las reglas de la competencia (art. 90.1 del TCEE), sin importar la existencia o no de personalidad jurídica propia, incluso se puede tratar de un órgano integrado en la Administración²¹¹.

Por lo tanto, el derecho de la competencia europeo exige que el comportamiento de las empresas privadas y públicas se ajuste estrictamente a las reglas del mercado (prohibición de subsidios, de acuerdos restrictivos de la competencia, de «abusos» de posición dominante, etc.), cualquiera que sea la forma o régimen jurídico de esta última, ya que la existencia o no de una personalidad jurídica distinta del Estado, atribuida por el derecho nacional, no es pertinente —a efectos del Derecho comunitario— para decidir si un órgano puede o no ser considerado como empresa pública.

En esta línea, las empresas a las que los Estados conceden derechos especiales o

exclusivos, tanto si son públicas como privadas, quedan también sometidas a las reglas del mercado (art. 90.1 TCEE), debido a que dichas «empresas privilegiadas» cualquiera que sea su forma jurídica, podrían falsear la competencia en el mercado interior. De este modo, el TJCE sentenció que la concesión de derechos especiales y exclusivos a una empresa constituida como Sociedad Anónima con el objeto de prestar un servicio público de emisión de mensajes publicitarios por Televisión, quedaba dentro del ámbito de aplicación del art. 90.1 del TCEE²¹². Por su parte, la Comisión, ha considerado como «empresa» a los efectos del art. 90.1 del TCEE a la Dirección General de Correos de España²¹³.

Otro tanto ocurre, en el ámbito de la normativa europea, con la prohibición de ayudas de Estado (art. 92 y 93 del TCEE), tema que abordaremos ampliamente en próxima publicación. La Comisión Europea ha ofrecido un concepto de «ayuda de Estado» muy amplio, entendiendo por ejemplo como tal, el beneficio proporcionado por una empresa mixta a ciertas producciones nacionales, donde el Estado tenía un derecho de veto sobre las tarifas impuestas, por lo que disponía de una «influencia preponderante»²¹⁴.

Por consiguiente, el derecho de la CEE sobre libre competencia, crea y se apoya sobre sus propios conceptos jurídicos de «Empresa Pública» o «Ayuda de Estado», huyendo de falseamientos formales y atendiendo a criterios sustanciales tales como la «influencia dominante» o «preponderante» de los poderes públicos, derivados de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de las instituciones europeas.

²¹⁴ Decisión de 13 de febrero de 1985, relativa a la tarifa preferencial de gas natural para los horticultores holandeses (DOCE 97, de 4 de abril de 1985).

Según la Comisión, una tarifa de este tipo constituye una ayuda si reúne los 3 elementos siguientes:

- a) Favorecer ciertas empresas o producciones que se encuentran en competencia.
- b) Haber sido impuesta por la autoridad pública.
- c) Dar lugar a una compensación de Estado a la sociedad distribuidora o bien a menos ingresos del Estado.

²¹⁰ La validez de la Directiva fue sostenida por el Tribunal en los Asuntos 188/80, etc. Francia, Italia y Reino Unido Comisión (1982).

²¹¹ Asunto 118/85, Sentencia del 16 de junio de 1987.

²¹² Asunto 155/73, Sacchi (1974).

²¹³ Decisión de la Comisión Servicios de Correo rápido, España, DOCE 1990, L 233/19.

Pero el rechazo a las «formas» jurídicas en la determinación de «conceptos de derecho europeo», sobre los que se asientan las disposiciones comunitarias, no sólo se desprende de las normas sobre libre competencia contenidas en el Tratado. En materia de contratación pública las instituciones comunitarias se han esforzado en alcanzar conceptos jurídicos que sean aplicables uniformemente en todos los Estados miembros, y evitar así la huida, por parte de algunos organismos públicos, de los sistemas europeos de selección pública de contratistas²¹⁵.

La Directiva 89/440/CEE²¹⁶, que modifica parcialmente la Directiva de 1971, exige la observancia de ciertos procedimientos públicos de selección de contratistas en todos los Estados miembros. Según el art. 1.b).1. de dicha Directiva, los contratos de obras públicas que deben seguir los procedimientos de adjudicación son aquellos formalizados por: 1) el Estado, 2) los Entes territoriales, 3) los Organismos de Derecho público y, 4) las Asociaciones constituidas por uno o más de dichos Entes o dichos organismos de Derecho público.

Además, para que no existan «dudas» en la interpretación que posibilite la «evasión» de esta normativa, la Comisión, en la Directiva, establece con precisión qué considera por «Organismos de Derecho Público». Estos serán aquéllos que reúnan las siguientes condiciones: 1) que su creación responda específicamente a necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil; 2) que estén dotados de personalidad jurídica, y 3) que su actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, los Entes territoriales u organismos de Derecho público, o bien aquéllos cuya gestión se halle

sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros, de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, Entes territoriales y otros organismos de Derecho público. Así pues, dos criterios sustanciales y no formales —la financiación y el control de la entidad— son los que determinan la aplicación del derecho público comunitario. Es este un planteamiento que debemos imitar.

Incluso con anterioridad a esta Directiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya había optado por una concepción amplia de lo que hay que entender por «Organismo de Derecho público». Atendiendo a una interpretación funcional de la noción de «Estado», el Tribunal de Justicia sentenció que un organismo cuya composición y funciones habían sido establecidas por ley y que dependían de los poderes públicos en el nombramiento de sus miembros y la financiación de los contratos de obras públicas que estaban encargados de adjudicar, debía incluirse en el concepto de «Organismo de Derecho público» aunque no lo fuera así formalmente²¹⁷. Nótese que los criterios utilizados por el legislador y el juez europeo a la hora de determinar lo que considera como «Organismo de Derecho público», son muy similares a aquéllos recogidos en la Directiva 80/723/CEE sobre transparencia (financiación, control, composición de los órganos superiores, etc.), sin atender a la forma jurídica que adoptan dichos órganos.

En este concepto «amplísimo» de Ente de Derecho público quedan —a juicio de Parada— claramente incluidos, en base a la Legislación española, los Entes públicos cuya actividad se somete al derecho privado (art. 6.1.b. y 6.5

²¹⁵ Este tema es desarrollado con gran lucidez en el Dictamen —cuyos aspectos más relevantes resumimos a continuación— elaborado por Ramón Parada y Silvia del Saz, *op. cit.*, *supra* nota 4.

²¹⁶ Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras en los Estados miembros, y que modifica la Directiva

71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, del mismo nombre.

²¹⁷ Asunto 31/87, Sentencia Grebroeders Beentjes V. Países Bajos, de 20 de septiembre de 1988. En este caso se planteó si la Directiva 71/305/CEE, debía aplicarse a la adjudicación de contratos de obras públicas por parte de un organismo formalmente independiente de la Administración.

LGP), y las empresas públicas en forma societaria, cuya actividad consiste en la realización de actividades de interés público tales como la construcción de obras públicas²¹⁸, y por ello deben sujetarse a los principios administrativos y procedimientos comunitarios de contratación que imponen las Directivas comunitarias²¹⁹.

Podemos concluir, por tanto, que —ya sea en materia de contratación pública, en derecho de la competencia, y en general en todas aquellas materias reguladas por el derecho comunitario—, la huida por parte de las legislaciones nacionales hacia formas jurídicas que enmascaran la calificación de una empresa o un organismo público, evitando de tal manera la aplicación efectiva y uniforme del derecho europeo, constituye una clara violación del Derecho comunitario como se desprende de las directivas de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal²²⁰.

Nos ratificamos así en la conclusión de que la utilización por el legislador español de fórmulas jurídicas que implican el sometimiento de la actividad administrativa al Derecho Privado —la huida del Derecho administrativo común—, aunque sea «legal» no es conforme con el Ordenamiento jurídico establecido en nuestra Constitución y en los principios del Derecho comunitario europeo. Pues en efecto, no sólo se desconocen con tales prácticas los principios básicos del Derecho Público español sino que se contradice abiertamente la normativa de rango superior que es el Ordenamiento comunitario, incorporado por la Constitución Española en base a su art. 93 al Derecho español como «derecho más alto», con primacía sobre el ordenamiento interno de cada Estado miembro.

²¹⁸ Además, el art. I bis de la Directiva 89/440/CEE, declara expresamente aplicable esos mismos procedimientos administrativos a los contratos de infraestructura con fines de interés público en los que, sin participar directamente un Ente público, se dé una subvención pública de más del 50 % de presupuesto.

²¹⁹ Únicamente —según el mismo autor— cabría excluir —y no sin dudas— a las empresas públicas que realizan una actividad industrial o mercantil en sentido estricto, *op. cit., supra*, nota 4.

²²⁰ En este sentido, también se ha pronunciado Ramón Parada en el sector de contratación pública española. Para el autor, es necesaria la reforma del Real-Decreto Legislativo, de 2 de mayo de 1986, de adaptación del derecho interno a la normativa comunitaria, ya que según la Disposición final 1.ª de dicho Decreto, las referencias a la Ley de Contratos del Estado... «serán de aplicación a los contratos que celebren las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos de unas y otros, siempre que dichos contratos

estén comprendidos dentro del ámbito de los respectivos artículos», y se omite cualquier alusión a los Entes de derecho público que someten toda o parte de su actividad al derecho privado (art. 6 LGP). Esto —escribe el autor— constituye una violación flagrante del derecho europeo. Además, esta vulneración —denunciada también por Bermejo Vera, «La publicidad del procedimiento de contratación», en NOTICIAS DE LA CEE, núm. 21, págs. 38 incentiva la transformación de las AAPP en sociedades estatales para evitar los principios básicos en contratación pública que exige la CEE.

Incluso el Proyecto de Ley de Contratos del Estado incorpora ya, desde su nacimiento, un fraude al derecho europeo ya que, en su art. 1.3, además de los contratos de la AAPP «deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos Autónomos en todo caso y las restantes Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquier de las AAPP en la medida en que dicha actividad no esté sujeta al Derecho Privado».

VII. CONCLUSION

Llegados a este punto, pudiera formularse una reflexión final. A lo largo de las últimas semanas, de los últimos meses, de los últimos años se han venido produciendo en nuestro país gravísimos hechos que afectan muy directamente al buen funcionamiento de las instituciones esenciales del Estado. Ciertamente, no es España el único caso. Italia, con sus procesamientos espectaculares de políticos y empresarios; Francia, con escándalos que han llevado al suicidio a destacadas personalidades, incluido un ex- primer Ministro; o Gran Bretaña, con obligadas dimisiones de distinguidos miembros del Gobierno mientras el Premier lanzaba angustiadamente su "Back to Basics". Hechos, todos ellos, muy lamentables, más propios de países primitivos que de la vieja y cultivada Europa.

Quizás deberíamos preguntarnos: ¿y cómo hemos llegado hasta aquí?, ¿qué es lo que ha determinado esta desmesurada extensión de prácticas corruptas?, ¿es que acaso los españoles de esta década son menos íntegros, más inmorales y faltos de ética que los de otras épocas?, ¿es que somos de peor catadura moral que franceses, ingleses, daneses o alemanes?. No lo creo así. Lo que ha ocurrido en nuestro país —y en otros— es un doble fenómeno en paralelo: de una parte, la pérdida de valores, de virtudes y hábitos morales, que no es del caso analizar aquí; de otra, y especialmente en nuestro país, un desprecio olímpico —suicida— de las reglas jurídicas que han presidido tradicionalmente la gestión de la cosa pública, la buena Administración.

El gran Alexis de Tocqueville, el más agudo observador de la vida política que ha existido nunca, solía decir: "los vicios de un sistema son siempre superiores a la virtud de los hombres

que lo practican". Pues bien, el sistema político-administrativo español está traspasado por numerosos vicios que deben ser corregidos con urgencia, algunos de los cuales han sido denunciados en estas páginas. Hay también otros, que son causas determinantes de los anteriores: un sistema electoral partidocrático, un sistema de financiación de los partidos que resulta insaciable, una función pública que ha dejado de ser neutral, profesionalizada e imparcial, la ocupación absoluta del Estado por el partido dominante, el bloqueo de la institución parlamentaria, la práctica del "revolving door" (los altos cargos pasan a prestar servicios sin solución de continuidad en los sectores económicos que antes regulaban) y otros muchos.

Es difícil que un país prospere en este desorden. La experiencia histórica demuestra que lo que a la postre hace progresar a un país no son tanto sus recursos naturales, sino su educación y su civilidad, la existencia de un orden jurídico firme, de unas reglas que se respetan en el mundo económico, en la vida política, en el funcionamiento de las instituciones. En la España de los últimos años esas reglas se han degradado de un modo alarmante.

Pues bien, en lo que al Derecho respecta, más nos valdría volver a reponer las cosas en su antiguo orden, con las adaptaciones que sean necesarias a nuestros días. El viejo Derecho público español no es un invento en desuso, sino un depósito de sabiduría, que es fruto de la historia; no tiene que ser visto por el político como una carrera de obstáculos ("una orgía jurídico-formal" dijo despectivamente algún Ministro en el Congreso de los Diputados, un 23 de febrero de 1983), sino que es garantía de un buen gobierno. Volvamos al Estado de Derecho.

Madrid, marzo de 1994



FUNDACION BBV

Gran Vía, 12 - 48001 BILBAO
Alcalá, 16 - 28014 MADRID