

PRIVATIZACION DE EMPRESAS PUBLICAS Y DERECHO COMUNITARIO (*)

Por

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. Introducción. El marco de la privatización. La huida hacia el Derecho privado, la pretendida crisis del Derecho público y el protagonismo de un principio constitucional: la eficacia de la Administración Pública en el servicio objetivo de los intereses generales.—2. La Constitución Económica Comunitaria y la garantía de la libre competencia como factor determinante. La indiferencia comunitaria en orden a la titularidad de la empresa en la consecución de los objetivos comunitarios. La liberalización como opción, la peculiar «desregulación» europea y la no exigencia de la privatización de la empresa pública para la implantación de aquélla.—3. El concepto de empresa pública en el Derecho comunitario y el elemento teleológico de las Directivas. El límite de la participación pública en el capital de la empresa como factor para determinar la privatización de la empresa en el Derecho comunitario y en el Derecho español.—4. La privatización de la empresa pública y la apertura de la contratación pública comunitaria. La diversidad de criterios en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos y la posible huida de la aplicación de tales Directivas, conseguida mediante la privatización.—5. La apertura de la privatización a la adquisición de participaciones de capital por parte de personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados miembros. La aplicación de la libertad de establecimiento. Las excepciones a dicha regla.—6. El problema de las ayudas públicas, con especial referencia a aquellas que se prestan con anterioridad a la privatización y para facilitarla. Análisis de diversas decisiones de la Comisión en referencia a ayudas prestadas en procesos privatizadores.—7. Una breve nota sobre las exigencias de Maastricht y el proceso privatizador. Mayor definición de una Constitución Económica Comunitaria. El reforzamiento de las medidas liberalizadoras y la continuidad del principio de indiferencia en relación con la titularidad de la empresa. La no exigencia adicional de la privatización de la empresa pública (con el contrapunto del control del déficit público).

1. INTRODUCCIÓN. EL MARCO DE LA PRIVATIZACIÓN. LA HUIDA HACIA EL DERECHO PRIVADO, LA PRETENDIDA CRISIS DEL DERECHO PÚBLICO Y EL PROTAGONISMO DE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SERVICIO OBJETIVO DE LOS INTERESES GENERALES

Cualquier estudioso del Derecho público, observador, o lector de las páginas económicas de los diarios y, en realidad, cualquier usuario de servicios públicos, conoce o ha oído hablar de la privatización.

(*) El presente trabajo constituye una versión reducida del capítulo VII del trabajo que, con el título de *La privatización en el Estado Social. Especial referencia a la empresa pública*, presenté como segundo ejercicio en mi concurso de acceso a la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Albacete. Próximamente verá la luz, más extenso, como parte de un libro mío sobre *Privatización y Estado Social*.

Se privatizan empresas y se pone en manos de particulares, o se aconseja que así se haga, la prestación de servicios públicos. Se erige un monumento a la eficacia (teniendo en mente, sin embargo, muchas veces, la eficiencia) y se buscan a veces con desesperación nuevas técnicas mercantiles para gestionar centros públicos. Gobernar a mitad de precio, se ha dicho, con mejores resultados. Aliviar el déficit público y reducir la burocracia.

El marco no puede ser más atractivo. Los potenciales resultados tampoco. Parece que quien no se suba al carro de la privatización está perdiendo el «carro de la modernidad».

Y algo de cierto hay en ello. Pero no tanto como se pretende. Falta estudios entre nosotros que analicen la privatización —su alcance general, y en particular referida a la empresa pública— desde la perspectiva del ordenamiento constitucional de la Administración Pública. La privatización es posible, y muchas veces necesaria, pero ¿por qué debe impulsarse y hasta dónde debe llegar? La calificación constitucional de la Administración Pública como servidora objetiva de los intereses generales en un Estado Social de Derecho —artículo 103.1 de la Constitución, en relación con el 1.º—, ¿exige que ésta se repliegue hasta los límites que ahora muchos pretenden? Considero, y no es tautológica mi afirmación, que debe abogarse por la privatización de lo privatizable, por la eficiencia en la gestión de lo público, por la restricción del gasto público (1). Pero también por la función constitucional que corresponde a la Administración Pública y por un proceso privatizador bien hecho, en base a objetivos a medio y largo plazo, no improvisado, porque de lo contrario quizá los objetivos que esperan alcanzarse quedarán muy lejos de ser cumplidos. Lo que al final se consiguió con la desamortización que en España se llevó a cabo en el siglo XIX (2) (que, desde luego, si a alguien benefició, no

(1) Temas todos ellos que trataré en extenso en el libro a que me refiero en la nota inicial. Ultimado el presente trabajo, ha sido publicado el libro de Gaspar ARIÑO titulado *Estado y Economía* (Pons, Madrid, 1993), que analiza en parte la privatización y la desregulación.

(2) No hace falta señalar que el proceso desamortizador que, como he señalado, se llevó a cabo en España a mediados del siglo pasado tenía como objetivo poner en estado de venta los bienes de las llamadas «manos muertas», fundamentalmente la Iglesia, algunas entidades locales y la beneficencia, con el fin de acabar con su improductividad integrándolos forzosamente en el comercio. Los resultados fueron, sin embargo, desastrosos. Muchas fundaciones dejaron de existir, no pocos municipios se arruinaron, numerosas órdenes religiosas se vinieron abajo. Y todo ello a cambio de que ciertos bolsillos se enriquecieran notablemente. Ni siquiera pudo obtenerse el dinero suficiente para, mediante la venta de bienes públicos, hacer frente a ciertos gastos —a menudo militares— que era necesario sufragar. Sobre el significado de la desamortización vid. el magnífico libro de TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 3.ª ed., 1977. Muchos de los motivos en base a los cuales se pretendió justificar la desamortización (entre otros, reducción del déficit y apertura del mercado) son los que ahora suelen utilizarse para justificar la privatización. A la privatización como desamortización se ha

fue en primer lugar al interés general) no tuvo nada que ver con lo que se pretendía. Y estoy convencido de que las similitudes de todo tipo entre uno y otro proceso son incuestionables.

Una de las críticas más usuales que se formulan, sobre todo en nuestros días, contra la Administración Pública es la de su falta de eficiencia. La esclavitud de la burocracia, la necesidad de tramitar interminables expedientes para conseguir el más nimio de los objetivos, la utilización de técnicas de gestión obsoletas y, por tanto, en absoluto adecuadas a la realidad social, son objeciones recurrentes, plenamente justificadas en la gran mayoría de los casos, que a menudo se utilizan para poner de manifiesto la necesaria reforma a que debe someterse el Derecho público y, en particular, el Derecho administrativo, que estaría atravesando una crisis con un alcance hasta ahora desconocido.

Quizá este planteamiento inicial pueda parecer excesivamente radical, pero es indudable que encierra no poco de verdad. Y, sobre todo, es manifestación de una evidente paradoja: en el nacimiento mismo del Derecho público se encontraba precisamente la intención de articular técnicas nuevas adecuadas a las exigencias de lo público, que ni podía estar sometido a las mismas reglas de responsabilidad del Derecho privado, ni encontraba en éste respuestas válidas para llevar adelante la nueva actividad que era la administración. Más tarde se consideró que sólo el Derecho público, el Derecho administrativo en suma, era capaz de ofrecer un cuadro aceptable de garantías para la acción de la Administración, pero también, y con igual fuerza, para los derechos e intereses de los particulares en sus relaciones con ella (3).

Esta situación impulsó al legislador a articular medidas instrumentales que, escapando de los moldes del Derecho privado, ofreciesen a la Administración un marco idóneo de actuación. La expresión más característica de lo que acabo de decir es, quizá, la normativa referente a la contratación administrativa.

Por tanto, muy bien puede decirse que, a la hora de construir el moderno ordenamiento administrativo español, fundamentalmente a partir de los últimos años de la década de los cincuenta, se propició una asunción de técnicas jurídico-públicas o, si se prefiere, una

referido A. CUERVO, *La privatización de la empresa pública, «la nueva desamortización»*, en «Papeles de Economía Española», núm. 27/1986, págs. 331 y ss. En dicho trabajo, sumamente interesante, no se lleva a cabo, sin embargo, un estudio paralelo entre ambos fenómenos.

(3) La importancia que tiene el Derecho administrativo en la configuración de un correcto equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los particulares ha sido puesta de manifiesto por GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 6.ª ed., Cívitas, Madrid, 1993, págs. 44 y ss.

huida del Derecho privado como medio más acertado para conseguir una Administración eficaz, controlada y sometida al principio de legalidad.

Por otra parte, se impulsó asimismo la idea de extender la presencia de la Administración económica a múltiples áreas. El intervencionismo económico y el recurso a las nacionalizaciones, la publicación de la economía, se mostraban entonces como la opción más correcta para conseguir el mejor de los desarrollos socioeconómicos. Asimismo se consideraba (y no faltaba razón para ello) que el capital privado era absolutamente incapaz de hacer frente por sí mismo a la prestación de los servicios públicos, ni siquiera los esenciales. Salvo la enseñanza, y ello por motivos obvios, ni la sanidad, ni el transporte, ni las fuentes de energía, ni mucho menos la seguridad estaban al alcance de la iniciativa privada, o si así fuese, era el Estado el que no se planteaba su cesión. No es necesario recordar la estrecha y casi nunca cuestionada relación existente entre servicio público y Administración Pública.

Hoy, sin embargo, y he aquí la paradoja a la que antes me refería, la tendencia es cabalmente la contraria. Sin duda impulsada por las corrientes metodológicas que propugnan el *análisis económico del Derecho* que tanto debe al Premio Nobel de Economía R. H. COASE (4) —análisis que ve en la eficacia un valor esencial en las relaciones jurídicas (5)— y por la idea de escapar de las exigencias del Derecho público, se abre paso cada vez con más fuerza la idea de privatizar los modos de actuar de la Administración Pública, de ponerla en manos del Derecho privado, y más en concreto del Derecho mercantil, huyendo del Derecho administrativo. De modo que en lugar de ciudadanos se prefiere hablar de «clientes», en lugar de Ministerios de «módulos», en lugar de legalidad de «eficacia» (6).

(4) Las aportaciones de COASE en este campo son, en efecto, esenciales. Vid. R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988.

(5) La bibliografía sobre análisis económico del Derecho es ya muy abundante en la literatura anglosajona. A alguna de ella me referiré más adelante. En cualquier caso, vid., por ahora, entre nosotros, Santos PASTOR y otros, *Sistema Jurídico y Economía*, Tecnos, Madrid, 1989; A. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.

(6) De «clientes» y de «módulos» se habla, en efecto, en lo que entre nosotros comienza a conocerse como *Nueva Cultura Administrativa*. Véase en este sentido el documento *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, y el *Estudio Delphi. La Modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica, INAP, Madrid, 1990. Desde luego, se trata de términos —los de cliente o módulo— que a algunos les puede resultar difícil compartir —particularmente no creo que sea adecuado acudir al concepto de cliente, salvo que se haga en los términos que plantea LUHMANN y que ahora mismo señalaré—, aunque nadie puede dejar de defender fervientemente la modernización y mayor eficacia de nuestras Administraciones Públicas (de todas ellas). Por cierto, también se ha referido al término «clientes» Niklas LUHMANN: «*The predominant conception of the legal*

De igual modo, frente a las nacionalizaciones de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se opone en nuestros días la idea de las privatizaciones, de la reducción del sector público empresarial, lo cual vuelve a ser expresión de aquella paradoja.

Esta actitud no es, por lo demás, exclusiva de España. Muy al contrario, se apela a las privatizaciones en los más variados sistemas y utilizando los más diferentes argumentos. «La privatización —se ha dicho— no sólo es lo actual, sino también la moda» (7). Desde Gran Bretaña (8) o Estados Uni-

*system refers to its organized and/or professional activities. People who do not work in the system appear as "clients", and thus, the main question becomes how the system serves its clients. Critique of the system —continúa LUHMANN, con palabras que deben ser tenidas en cuenta en el presente trabajo— is incited by demand of better service. Apparently, this demand does not have much success, since the system seems to resist and to repel all attempts to improve the service. The bureaucratic and professional ways of handling issues have to be taken as facts, the critic changes its goals and proposes delegalization, deformalization, deprofessionalization.» En cualquier caso, los «clientes» no pueden considerarse como algo ajeno al sistema. Ellos mismos forman parte del sistema. En palabras de LUHMANN: «For to be clients of the legal system, people have to operate within the system. They have to be aware of a legal problem; have to define their situation accordingly and have to commit themselves to advance legal claims or at least to communicate about them. They participate in the legal system using its system-reference to give meaning to their activities. And even the decision not to use the legal framework for handling affairs of everyday life is a decision within the system. The legal system is responsible also for thresholds and discouraging effects.» «The self-reproduction of Law and its limits», en Gunter TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, pág. 111 (subrayados en el original). Libro, éste, de un extraordinario interés.*

(7) O. GUERRERO, *Privatización de la Administración Pública*, en «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», vol. 57, núm. 1/1990, pág. 221.

(8) Los procesos inglés y estadounidense son los más desarrollados en la actualidad. La bibliografía sobre ellos es, asimismo, muy completa y sumamente abundante, no sólo desde el punto de vista general, sino referida a sectores concretos. Por ello, incluir ahora una cita bibliográfica sería seguramente inútil. Me remito a la que en el núm. 1 de 1985 de la «Revista de Estudios Económicos» o la abundante que recoge MARTÍN MATEO en *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos sociedad*, Trivium, Madrid, 1988. No obstante, en lo que se refiere a las privatizaciones en Gran Bretaña, y por citar alguna obra que se ha ocupado del tema y puede consultarse en nuestro idioma, véanse, entre otros, J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La privatización de la Empresa Pública*, Montecorvo, Madrid, 1991, especialmente, págs. 123 y ss. En la nota 1 de la pág. 125 cita bibliografía; Vincent WRIGHT, *Las privatizaciones en Gran Bretaña*, traducción española en «Documentación Administrativa», núms. 218-219, monográfico sobre *Administración y Constitución: el principio de eficacia*, págs. 391 y ss. Asimismo, los siguientes trabajos incluidos en el libro colectivo *Privatización: el inevitable sendero del gigante decreciente*, Centro de Estudios de Economía y Educación, A. C., México, 1988: Eamonn BUTLER, «Cómo la revolución de Margaret Thatcher fue exitosa», págs. 21 y ss.; Madsen PIRIE, «El desmantelamiento del Estado», págs. 83 y ss.; del mismo autor, «Las técnicas para desmantelar el Estado», págs. 41 y ss. y, también de M. PIRIE, pero en la «Revista del Instituto de Estudios Económicos», núm. 1/1985, *Teoría y práctica de la privatización*, págs. 3 y ss. (con un completísimo análisis de hasta veintiséis métodos de privatización y veintiuna nuevas privatizaciones pendientes en Gran Bretaña en 1985). Del mismo PIRIE, pero en el núm. 1/1989 de la misma Revista págs. 107 y ss., *Experiencias de desregulación y privatización en Gran Bretaña*. También puede consultarse, siempre en español y en esa misma Revista y número, págs. 9 y ss., George YARROW, *¿Es importante la propiedad?*. De nuevo en el núm. 1/1985 de la citada Revista, vid. *Política británica de privatización*, págs. 129 y ss. Este trabajo es el texto de un Informe para el Ministerio Británico de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth, de agosto de 1984; Andrew

dos (9), como paradigmas de la nueva corriente (y ahora también Francia, donde el gobierno conservador de BALLADUR ha puesto en marcha un ambicioso plan de privatizaciones), hasta Méjico (10) o Argentina (11), en donde las privatizaciones se justifican en base a la propia subsistencia del Estado, ahogado literalmente en la deuda externa y el inconmensurable déficit público, pasando por Portugal, donde la privatización tiene, asimismo, una peculiar justificación derivada de las nacionalizaciones subsiguientes a los acontecimientos de 1974 y a la nueva Constitución (12), o por los países del Este, donde las privatizaciones tienen unas características y un origen radicalmente diferente (13), la privatización se presenta como salida casi

DUNSIRE, *El debate público/privado: manifestaciones en el Reino Unido*, en «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», vol. 57, núm. 1, marzo de 1990, págs. 33 y ss.; J. A. RODRÍGUEZ ONDARZA y J. J. RUBIO GUERRERO, *El proceso de privatización en Francia y en el Reino Unido*, en «Papeles de Economía Española», núm. 38/1989, págs. 443 y ss.

(9) Con las mismas premisas y la misma intención señaladas en la nota anterior, véase, sobre la Privatización en Estados Unidos, E. S. SAVAS, «La privatización de arriba abajo y de afuera hacia adentro» y Stuart M. BUTLER, «Privatizando el gasto federal: los activos federales», ambos en *Privatización: el inevitable sendero...*, op. cit., págs. 59 y ss. y 69 y ss., respectivamente. Asimismo, Thomas G. MOORE y Randall S. KROZNER, *Desregulación, privatización y el libre mercado en los Estados Unidos*, en «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», vol. 57, núm. 1, marzo de 1990, págs. 19 y ss. En cualquier caso, deben citarse aquí J. D. DONAHUE, *The Privatization Decision. Public Ends, Private Means*, Basic Books, Harper Collins, 1989; R. FITZGERALD, *When Government goes Private. Successful Alternatives to Public Services*, Universe Books, New York, 1988.

(10) Sobre la privatización en México, vid. Oscar H. VERA FERRER, «La privatización en México: causas y alcances», en *Privatización: el inevitable sendero...*, op. cit., págs. 109 y ss. Recientemente se ha privatizado el Banco Nacional de México (Benamex), adjudicado por 360.000 millones de pesetas a un grupo mixto de compradores. Este es el cuarto Banco que se vende en México dentro del calendario de privatizaciones establecido por el Gobierno de Carlos Salinas de Gortari. Las tres entidades anteriores —Multibanco Mercantil, Panpaís y la Banca Cremi—, así como la venta de Teléfonos de México (Temex), han proporcionado unos ingresos presupuestarios al Gobierno Federal que ascienden a 88,1 billones de pesos, más de tres billones de pesetas. Vid. «El País», 27 de agosto de 1991, pág. 29.

(11) En Argentina se ha aprobado recientemente la Ley 23.696, promulgada el 18 de agosto de 1989, sobre la Reforma del Estado. Su capítulo segundo, artículos 8 a 20, regula «Las privatizaciones y participación del capital privado». Sobre dicha Ley puede consultarse Tomas HUTCHINSON, Jorge A. BARRAGUIRRE y Carlos M. GRECO, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, A. Z. Editora, Buenos Aires, 1990.

(12) El proceso de privatización que, todavía tímidamente, se desarrolla en Portugal, está muy condicionado por la nacionalización de la Banca que en su momento se acordó y que ahora se quiere superar reprivatizándola de nuevo. Recientemente, en esta línea, se ha aprobado la Ley núm. 11/90, Ley Cuadro de las Privatizaciones (Diario de la República, núm. 80, Serie I, de 5 de abril de 1990), que, según su artículo 1.º se aplica a la «reprivatización de la titularidad o del derecho de explotación de los medios de producción y otros bienes nacionalizados después del 25 de abril de 1974, en los términos del núm. 1 del artículo 85 de la Constitución». Sobre las privatizaciones en el vecino país pueden consultarse, entre otros, M. Jacinto NUNES, *As reprivatizações*, en «Revista da Banca», núm. 4, octubre-diciembre 1987, págs. 5 y ss.; Carlos MOITA, *Desregulamentação e desintermediação. Os consórcios de financiamento e a Banca*, en la misma Revista y número, págs. 49 y ss.

(13) Hablar de las privatizaciones en los países del este supone trazar una variante en la trayectoria del presente trabajo, que nos desviaría de nuestro objetivo. El proceso de privatización que allí se está llevando a cabo tiene poco que ver con el de aquí. Algún autor, sin embargo, ha llevado a cabo un interesante estudio comparativo de las técnicas pri-

inevitable a la supuesta crisis del Derecho público y de la Administración tradicional, al tiempo que de forma generalizada se replantea el *papel que han de asumir los poderes públicos en la economía y el rol que ha de asumir el Estado en su regulación*.

Este proceso, además, va acompañado de otros indicadores que son manifestación de la misma realidad. La llamada crisis del Estado de Bienestar y por tanto, y ya de antes, del Estado Providencia, y el recurso a la colaboración, cuando no protagonismo, de la sociedad civil (14) son señas de identidad evidentes de esa privatización de lo público.

Sin embargo, el Derecho público no desaparece (15). Está su-

vativadoras en Europa Occidental y su posible utilización en los Países del Este. Vid. en este sentido Wladimir ANDREJ, *Técnicas y experiencias de privatización. La «succes story» de las privatizaciones en Francia y las necesidades actuales de los países de Europa del Este*, en «Cuadernos del Este», núm. 3 de 1991, págs. 71 y ss. Las diferencias con la «privatización occidental clásica» han sido señaladas por Jan WINIECKI, *La privatización en las economías de tipo soviético*, en «Revista del Instituto de Estudios Económicos», núm. 4/1989, dedicado a *Los cambios en las economías de los Países del Este de Europa*, págs. 145 y ss. Recientemente vuelve a impulsarse el proceso privatizador, de lo que se han hecho eco los medios de comunicación, dando cuenta de algún caso concreto: Moscú y Leningrado, por ejemplo, han encargado al Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (el polémico BERD, Banco del Este, cuyos ambiciosos objetivos iniciales parece que no se cumplen en la forma que en principio se había previsto) participar en la privatización de los bienes municipales. Dicho Banco ha sido designado «primer consejero para la privatización», y en virtud de ello deberá realizar un inventario de los bienes municipales, tales como inmuebles, centros comerciales, salas de espectáculos, hoteles y fábricas, y definir caso por caso las condiciones para la privatización. Vid. «El Mundo», 29 de agosto de 1991, pág. 41. Un Programa urgente de Auxilio a la URSS elaborado por el BERD y dado a conocer el pasado día 4 de septiembre de 1991 centra el auxilio a dicho país en ayudas a la privatización. Los costes de la privatización serían financiados directamente por el BERD: vid. «El País», 5 de septiembre de 1991, pág. 36. Incluso se ha planteado la posibilidad de poner en venta —aunque no en favor de la iniciativa privada, sino de otros Estados—, por parte de la URSS los programas espaciales, y en concreto la base orbital «Mir»: vid. «ABC», 6 de junio de 1991, pág. 61. En fin, la privatización mediante la entrega a la población de participaciones o bonos representativos de un capital mínimo de las pertenencias del Estado parece que está planteando graves problemas y ha sido acogido con escepticismo entre los ciudadanos.

(14) Sobre el avance de la sociedad civil son esenciales las aportaciones de Víctor PÉREZ DÍAZ. En relación con los temas que aquí trato vid. especialmente, de este autor, *El retorno de la sociedad civil*, en «Papeles de Economía Española», núm. 27/1986, págs. 99 y ss. Vid. asimismo, del mismo autor *Ascensión y caída del Estado como portador de un proyecto moral*, en la «Revista Claves», núm. 35, septiembre de 1993, págs. 16 y ss. En dicho artículo anuncia la próxima publicación de un libro suyo titulado *La primacía de la sociedad civil*. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la interesante obra de Antonio SAENZ DE MIERA, *La Sociedad necesaria*, Ceura, Madrid, 1992. Muy interesante el comentario que de ese libro y del de Nicolás LÓPEZ CALERA, *Yo, el Estado*, Trotta, Madrid, 1992, hace Victoria CAMPS en la Revista «Saber Leer», núm. 67, agosto-septiembre, 1993, págs. 6-7.

(15) S. MARTÍN-RETORTILLO ha hecho hincapié en que el Derecho administrativo puede decirse que «se repliega», pero «no que se retira, ni que desaparece ni que queda al margen»: «Estudio Preliminar», en S. MARTÍN-RETORTILLO, (Director), *Estudios de Derecho público bancario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1987, pág. 21. El mismo texto en *Derecho administrativo económico*, vol. I, Edit. «La Ley», Madrid, 1989, pág. 42. En el mismo sentido, A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derecho público del Mercado de Valores*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, págs. 26-27.

friendo, eso sí, una sustancial metamorfosis, pues junto a las técnicas de privatización y desregulación surgen, por el contrario, normas que regulan nuevas funciones de estrecho control y supervisión. Una prueba de ello —prueba que, por cierto, algunos han querido encuadrar precisamente entre las que evidenciarían el avance de la desregulación, siendo así que, en realidad, de lo que son manifestación es de un nuevo y diferente modelo de regulación, que incrementa la libertad pero también la responsabilidad de los sujetos— son la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, y la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ambas de suma importancia, que patentizan ese lugar nuevo que ocupa la Administración Pública entre la liberalización de la actividad privada y el estricto control de su ejercicio. Merece la pena decir dos palabras sobre ello.

Frente a los modelos anglosajones de Bolsas privadas, los continentales tienden a configurar una Bolsa oficial y regulada. Ese era el caso español con anterioridad a la Ley de 28 de julio de 1988, pese a las aparentes intenciones del Código de Comercio (16), y ésa, aunque con una nueva lógica y a pesar de quienes pretenden que el sector bursátil tiende a desregularse, sigue siendo la situación en la actualidad. La Bolsa, en suma, no se desregula (17). Pese a la puesta en práctica de experiencias privatizadoras (18) y la aplicación efectiva de elementos privatizadores en el sistema, el control que sobre ella

(16) Vid. G. ARIÑO ORTIZ y J. M. SALA ARQUER, *La Bolsa Española: marco institucional*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1987, págs. 51 y ss. Estos autores (págs. 52-53) recuerdan cómo la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 indica que en él se optó por el sistema que, frente al que propugna «la vigilancia e intervención inmediata de la Administración Pública», prefiere desprender a «la Administración del Estado de toda intervención en el régimen y gobierno de las Bolsas de Comercio», es decir, el sistema «más favorable a la libertad comercial».

(17) Vid. si no el Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados («BOE» de 5 de octubre), y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda sobre operaciones bursátiles especiales, de 5 de diciembre de 1991 («BOE» de 9 de diciembre), así como la Circular núm. 3/1991, de 18 de diciembre, de la Presidencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores («BOE» de 26 de diciembre), dictada en desarrollo de uno y otra.

(18) Un ejemplo reciente de la intención de privatizar la Bolsa nos lo da la experiencia portuguesa. El Decreto Ley 142-A/91, de 10 de abril («Diario da República», núm. 83, Serie I-A, de 10 de abril de 1991) por el que se aprueba el Código del Mercado de Valores Mobiliarios, llamado «Lei Sapateiro», considerado «la norma más importante jamás elaborada en el ámbito del sector financiero», pretende modificar profundamente los mercados de valores portugueses, dotándolos de autonomía, desgubernamentalizándolos, e incrementando la transparencia e información de las operaciones. Las Bolsas serían privatizadas, y pasarían a ser administradas y gobernadas por asociaciones de derecho privado sin ánimo de lucro. Se crean el Consejo Nacional y la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios; el primero como órgano consultivo, el segundo como órgano público de supervisión, fiscalización y promoción de los mercados de valores. Vid., sobre el Proyecto de Decreto Ley, «Diario de Noticias», 25 de enero de 1991, págs. 1 y 19.

ejercen los poderes públicos —algo sobre lo que ya había llamado la atención Max WEBER en sus importantes, aunque poco conocidos, trabajos sobre la Bolsa (19)— sigue siendo una realidad incontestable. La mayor libertad exige, sin duda, un mayor grado de responsabilidad. Baste un ejemplo. La *Securities and Exchange Commission* norteamericana ejerce un control riguroso sobre el mercado bursátil en Estados Unidos, de forma que, por ejemplo, quien proporcione declaraciones falsas o distorsionadas puede incluso ser condenado a pena de prisión; por su parte, los inversores que hayan comprado acciones y sufran pérdidas tienen derecho a recuperar su inversión si pueden probar que la documentación presentada por las empresas o que figura en sus folletos contenía información incompleta o inexacta. Se trata de un ejemplo claro de lo que antes dije.

En cuanto al ordenamiento del sector crediticio la situación es muy semejante, si bien en él juega con especial relevancia la relación existente entre lo público y lo privado: la Ley de Disciplina, lejos de «desregularizar» el sector, ha configurado un marco normativo caracterizado por la atribución de importantes funciones administrativas que tienen como objetivo supervisar y controlar la actividad de las entidades de crédito, así como su propia constitución. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ ha señalado, en este sentido, que «las ordenaciones bancarias dieron, medio siglo atrás, un salto cualitativo de considerable importancia al situar francamente por primera vez, sin excusas ni tapujos de ningún tipo, todo el sistema bancario bajo la dirección última del poder político y al arbitrar al servicio de esa decisión fundamental *una impresionante batería de potestades de intervención* cuyo mero despliegue parecía por sí solo suficiente para asegurar el orden y evitar su alteración» (20). En la actualidad las funciones de

(19) Max WEBER, *La Bolsa. Introducción al sistema bursátil*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 73: «Un control general sobre la Bolsa no es más que una palabra vacía, y esto hay que tenerlo en cuenta; se trata de decidir qué fenómenos concretos deben y pueden controlarse, o regularse, mediante una intervención legislativa; qué negocios, por ejemplo, y entre qué tipos de personas, deben y pueden prohibirse». Como señalo en el texto, la dedicación de WEBER al estudio de la Bolsa no es muy conocida. El libro citado no es más que una pequeña muestra de sus trabajos sobre el tema. No conviene olvidar que WEBER se doctoró en 1889 con una tesis sobre Derecho Mercantil.

(20) Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (Director) y otros (J. AGUILAR FERNÁNDEZ-HOTORIA, C. ALBIÑANA CILVETI, A. JIMÉNEZ BLANCO, J. L. PIÑAR MAÑAS y J. J. SUAY RINCÓN), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Fundación FIES, Madrid, 1989, pág. 11. La cursiva es mía. En otra ocasión, pero siempre en relación con la disciplina bancaria, T. R. FERNÁNDEZ ha señalado que «el mantenimiento del orden dentro del grupo exige, por parte de la autoridad que lo dirige, la disponibilidad de unos poderes normativos propios capaces de precisar, concretar, adaptar o ajustar las normas generales externas a él a las cambiantes vicisitudes cotidianas que la vida misma del grupo genera (es el tema de las potestades normativas del Banco de España...) y, por supuesto, *la posibilidad de mantener en todo momento una disciplina en el sentido más estricto de la expresión*»: *Supervisión y disciplina bancaria en el Proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención*

los poderes públicos en relación con la ordenación del sector bancario también son sumamente importantes y quedan muy lejos de una supuesta desregulación de la materia. La justificación de esas funciones es hoy, sin embargo, muy diferente. Vuelvo a citar a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, cuyas palabras comparto plenamente: los «poderes de ordenación general de la economía que la Constitución habilita son, ante todo, poderes de encuadramiento en el marco económico general de las actividades de este signo, que son y siguen siendo privadas. En el caso de la actividad bancaria y crediticia ese encuadramiento, dada la posición central que a esta actividad corresponde en el conjunto del sistema, es lógicamente más estricto y se expresa por ello no sólo en las intervenciones o controles puntuales que suelen ser habituales y suficientes en otros sectores más alejados del centro de gravedad del sistema económico, sino también y, sobre todo, en la definición de unos *poderes de auténtica dirección y supremacía* que contribuyen a delimitar lo que, en la doctrina italiana a partir de Giannini, se denomina un ordenamiento sectorial, es decir, un grupo organizado del que forman parte necesariamente todas las personas y entidades que desarrollan la misma actividad, en cuyo vértice se sitúa la autoridad que... asume su dirección y en cuyo seno, como ocurre con todo tipo de grupos organizados, es decir, de instituciones u ordenamientos en sentido técnico, opera una solidaridad interna que resulta del hecho mismo de su organización como tales a partir de unos fines y objetivos que son comunes a todos sus miembros» (21).

En consecuencia, más que de crisis del Derecho público debería hablarse de su reconversión, por utilizar un término usual en nuestros días. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO lo ha expresado ya en relación con el Derecho administrativo económico, indicando que el significado de éste «permanece cuando, como hoy ocurre —no cabe pronosticar la duración del fenómeno—, aquéllos (los poderes públicos) asumen de modo decidido y sin reserva, políticas económicas de carácter privatizador y de signo liberal» (22).

En cualquier caso, es indiscutible que frente a los grandes principios, hoy predominan la acción y los resultados a corto y medio plazo. El factor tiempo y el protagonismo del corto plazo ha sido recién-

de las Entidades de Crédito, en «Papeles de Economía Española», núm. 36/1988, pág. 53. La cursiva también es mía.

(21) Op. ult. cit., pág. 16. La cursiva es mía. De todas formas, ni siquiera la previsión de fuertes medidas de supervisión y control pueden evitar que en ocasiones el sistema falle, o lo haga uno de sus miembros. El caso del Banco de Crédito y Comercio Internacional es un claro ejemplo de ello. Las previsiones de la moderna Ley de Disciplina no han sido suficientes para hacer frente a la situación, que sólo ha podido ser resuelta quirúrgicamente.

(22) *Derecho administrativo económico*, vol. I, op. cit., pág. 6.

temente denunciado por GALBRAITH al hilo, precisamente, de un certero y crítico análisis de las posturas de quienes propugnan la reducción de lo público: la «mayoría satisfecha... siempre prefiere la no actuación gubernamental, aun a riesgo de que las consecuencias pudieran ser alarmantes a largo plazo. La razón es bastante evidente. El largo plazo puede no llegar; ésa es la cómoda y frecuente creencia. Y una razón más decisiva e importante: el coste de la actuación de hoy recae o podría recaer sobre la comunidad privilegiada; podrían subir los impuestos. Los beneficios a largo plazo muy bien pueden ser para que los disfruten otros. En cualquier caso —concluye irónicamente—, la tranquila teoría del *laissez faire* sostiene que, al fin, todo saldrá bien» (23). Mucho más frías, pero siempre en la misma línea, pueden ser igualmente traídas a colación las palabras de Raymon ARON en su introducción a la obra de Max WEBER *El Político y el Científico*: «El hombre de acción es el que, en una coyuntura singular y única, elige en función de sus valores e introduce en la red del determinismo un hecho nuevo. Las consecuencias de la decisión tomada no son rigurosamente previsibles, en la medida en que la coyuntura es única» (24). Esta coyuntura única es la que, en efecto, ha dado lugar al proceso de privatizaciones que, como digo, hoy es prácticamente general en los países occidentales y se extiende —aunque con peculiaridades que a nadie se le escapan pero que a todos desbordan— a los países del Este. Proceso que se traduciría en una supuesta huida hacia el Derecho privado como instrumento de regulación de la actividad eficaz de la Administración. La privatización se mostraría así como uno de los métodos más efectivos para hacer frente a la demanda de mejores servicios sin incrementar por ello ni el gasto público ni la presión fiscal (25).

Incluso sería posible encontrar algún argumento constitucional para justificar esa tendencia. El artículo 103.1 de la Constitución de 1978 establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales de acuerdo a, entre otros, el principio de *eficacia*. Este principio, inédito en su aplicación práctica hasta no hace mucho, ha cobrado una especial fuerza y se prepara para ser el que informe en gran medida la entera actividad de la Administración Pública. Su

(23) *La Cultura de la Satisfacción*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona, 1992.

(24) Raymon ARON, «Introducción» a Max WEBER, *El Político y el Científico*, Alianza Editorial, 7.ª edición, Madrid, 1981, pág. 11.

(25) Esa preocupación por reducir el gasto público está presente en todos los procesos privatizadores, incluido, por supuesto, el español. Calvin A. KENT ha señalado: «*The friction between competing demands for lower taxes and for expanded services has led many cities and states to turn to innovative methods of financing and providing traditional services. One of this methods has come to be called «privatization».*»: «Privatization of public functions: promises and problems», en Calvin A. KENT (Edit.), *Enterpreneurship and the privatizing of Government*, Quorum Books, New York, 1987, pág. 3.

trascendencia acaba de ser puesta de manifiesto en una reciente obra colectiva que lo analiza y pone en relación con los procesos de privatización (26). «No basta ahora ya al Estado —ha señalado con toda razón PAREJO ALFONSO— la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en términos tradicionales) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita *la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales*» (27). Ahora bien, esta eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión *objetiva* de los *intereses generales*. Este postulado es absolutamente capital. *Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo de los intereses generales*. Generalidad de intereses de cuya importancia acaba de ocuparse Alejandro NIETO (28).

Por otra parte, y siguiendo con los argumentos constitucionales, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que reconoce el artículo 38 justificaría asimismo, e incluso impondría, la privatización de ciertas funciones que en la actualidad permanecen en el ámbito de la Administración, así como la privatización de las empresas públicas. No obstante, el modelo económico de la Constitución no exige necesariamente optar por la solución privatizadora (incluso en base al mismo podría defenderse sin grandes problemas un modelo sustancialmente diverso, amparado esta vez en el art. 128).

En el trabajo a que más atrás me referí (*Privatización y Estado Social*) analizo, en el marco trazado por lo dicho hasta ahora, cómo se está desarrollando ese proceso privatizador en el ordenamiento español. Cuál es su justificación constitucional y cuáles sus consecuencias. Cuestión capital, en este ámbito, es interrogarse hasta qué punto es posible y lícito trasladar a manos privadas la gestión de ciertos servicios públicos esencia-

(26) Núms. 218-219 de la Revista «Documentación Administrativa», monográfico sobre *Administración y Constitución: el Principio de Eficacia*, INAP, Madrid, abril-septiembre 1989.

(27) *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, en «Documentación Administrativa», núm. cit. en nota anterior, pág. 16. La cursiva es mía. De este autor vid. asimismo *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección «Cuadernos y Debates», núm. 30, Madrid, 1991. La necesaria eficacia de la Administración Pública y la exigencia de mejores servicios públicos se deja sentir en toda la obra.

(28) «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en el libro colectivo coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, págs. 2185 y ss.

les (29) o, por el contrario, su propia naturaleza y contenido exigen su permanencia en el ámbito de lo público (30).

Por otra parte, y retomando de nuevo aquella reconversión del Derecho público a la que antes me refería, no podemos olvidar que desde el Derecho comunitario europeo se están introduciendo técnicas —he aquí una nueva paradoja— de Derecho público para regir algún ámbito de actividad de personas jurídico-privadas. Me refiero a las Directivas que sobre contratación pública —sobre *marchés publiques*— serán de aplicación a los contratos celebrados por grandes empresas privadas cuando guarden relación con determinados servicios o sectores de actividad (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) (31). En este caso, la situación es también contraria a la privatización. En este caso, en efecto, se produce una *extensión al campo privado del Derecho público*, lo cual es algo de una trascendencia incuestionable y que refleja de nuevo que si bien existe una indudable crisis del Derecho público (32), ésta no llega a ser tan importante como para temer por su permanencia.

(29) De ello se ha ocupado R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución Española...*, op. cit., vol. V, págs. 3803 y ss.

(30) Un reciente estudio elaborado por el Centro de Investigaciones sobre la Realidad Social, hecho público el pasado día 26 de agosto de 1991, ha revelado que la mayoría de la población prefiere que la gestión de ciertos servicios públicos, principalmente la sanidad y la enseñanza, permanezca en manos públicas. Las opiniones encontradas que ha suscitado el llamado *Informe Abril Martorell* sobre la Sanidad Pública en España (*Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. Informe y Recomendaciones*, Madrid, julio de 1991) indican bien a las claras que el problema no admite una respuesta fácil.

(31) En efecto, la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores señalados en el texto se aplica a los contratos celebrados por los poderes públicos y por las empresas privadas que gocen de «derechos especiales o exclusivos». Sobre la contratación pública en el seno de los países miembros de la CEE, y más en concreto sobre la problemática actual de los *marchés publiques*, categoría no exactamente coincidente con nuestros «contratos públicos», vid. recientemente, Friedd WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, European Community Law Series, The Athone Press, London, 1993; *L'application dans les Etats membres des directives sur les marchés publics*, en donde se recogen los textos de las diferentes ponencias presentadas al Decimocuarto Congreso de la FIDE, Madrid, octubre de 1990. Asimismo, A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, traducción española, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 385 y ss; PIÑAR MAÑAS, *La apertura de los contratos públicos a la empresa*, en prensa (conferencia pronunciada en la Cámara de Comercio e Industria de Toledo el 12 de diciembre de 1991), así como *El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria*, en «Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia», Boletines núms. 76 (págs. 11 y ss.) y 77 (págs. 15 y ss.). Sobre la Directiva citada más arriba vid. G. SAMANIEGO, *La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 71, págs. 357 y ss. F. Díez MORENO, *La propuesta de Directiva por la que se someten a normas de contratación pública a las entidades que suministran agua potable, energía o prestan servicios de transporte*, en «Noticias-CEE», núm. 52, mayo 1989, págs. 49 y ss.

(32) Deberíamos no olvidar que también entre los iusprivatistas se habla reiteradamente de la crisis del Derecho privado y su cada vez mayor sometimiento al Derecho público. No es un error. También el Derecho privado está sometido a un imparable proceso

De esta crisis, en cualquier caso, han de derivar una serie de consecuencias de capital importancia. El surgimiento de una nueva sociedad, no ya civil, sino mercantil, como señala MARTÍN MATEO (33), que acompaña a ese afán privatizador va a implicar necesariamente un repliegue en las técnicas usuales del Derecho público, pero al mismo tiempo va a exigir una mayor precisión en la fijación de los límites dentro de los cuales *tiene que seguir actuando, por fuerza, el Derecho administrativo* (34). No quiero decir con esto que quede vetado a los particulares el acceso a la prestación de ciertos servicios, sino que su regulación debe basarse en los principios del Derecho público, no del privado. En este sentido, aunque como señala S. MARTÍN-RETORTILLO los fines que debe satisfacer la Administración Pública «pueden alcanzarse a través de muy distintos procedimientos jurídicos» (35), la exigencia constitucional de que la gestión de los intereses generales se lleve a cabo de acuerdo a criterios estrictamente objetivos puede no encajar bien, en algún caso, con las técnicas que ofrece el Derecho privado. Y la necesidad de delimitar esos ámbitos a los que está llamado el Derecho público exige, a su vez, encontrar algún criterio que nos permita fijar el ámbito propio e irreductible de la presencia de la Administración Pública (en más de un concepto, que no tiene por qué ser el de titular, prestadora y gestora al mismo tiempo del servicio público) y de la aplicación del Derecho administrativo. Quizá ese criterio sea el del servicio público o, más precisamente, el del servicio *objetivo* de los intereses generales (36).

En las páginas siguientes intentaré dar alguna pista sobre todo ello y llegar a alguna conclusión, tomando como punto de referencia un hecho esencial: la generalización de la aplicación por parte de la Administración Pública de técnicas jurídico-privadas «obliga a cuestionarse muy seriamente —y cito de nuevo a S. MARTÍN-RETORTILLO— muchas de las razones que en origen justificaron el establecimiento mismo del sistema jurídico-administrativo» (37).

de reconversión (aunque hoy resulta difícil mantener que esté atravesando una crisis en relación con el Derecho público).

(33) *Liberalización de la economía...*, op. cit., pág. X del Prólogo: «Si esta monografía —dice MARTÍN MATEO—, superando una cierta diletancia, se propusiera defender con energía alguna tesis determinada, ésta sería la de la defensa del Estado aparentemente amenazado por los propugnadores del espontaneismo de la sociedad mercantil, más que civil».

(34) Silvia DEL SAZ se ha referido recientemente a «la reserva constitucional del Derecho administrativo y de su Jurisdicción tutelar», en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativos. Tres estudios*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 172 y ss. En el mismo sentido, PARADA, *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Pons, 6.ª ed., Madrid, 1992, págs. 208 y ss.

(35) *Derecho administrativo económico, I*, op. cit., pág. 62.

(36) A ello me refiero en mi obra *Los retos actuales del Derecho administrativo*, de próxima publicación.

(37) Op. ult. cit., pág. 68.

En cualquier caso, la permanencia de la cláusula del estado social (cláusula no retórica) ha de ser punto de referencia obligado en todo estudio que se lleve a cabo en relación con la privatización en general y de la empresa pública en particular. Pretender reducir, como ahora se intenta, el ámbito de la participación del Estado en la actividad económica hasta límites irrisorios no sólo carece de apoyo real sino de justificación social y económica (38). No sólo cuando esa participación se desarrolla en cuanto poder público, sino igualmente cuando se opera con la veste de empresario. En este segundo caso, la solución no estriba en abogar por la desaparición de la empresa pública, sino por su redefinición en el marco de su integración en el mercado. Sin perjuicio, por supuesto, de la exigencia constitucional del servicio objetivo de los intereses generales.

La privatización puede entenderse en sentido amplio o estricto. En la primera acepción incluiría toda una forma de comprender la actividad de la Administración, sus límites y sus relaciones con los particulares. Expresaría la tendencia a hacer uso cada vez con mayor insistencia de técnicas jurídico-privadas en el ámbito de actuación de los entes públicos. En la acepción estricta, hace referencia a una de las manifestaciones de esa tendencia. A ésa, en particular, me refiero en este momento. Tan sólo a la privatización de empresas públicas, entendida como transferencia total o parcial al sector privado de su titularidad y gestión.

En contra de lo que se afirma en Gran Bretaña, no todo es entre nosotros privatizable (39). En este sentido, por el momento puede afirmarse que en España, y en lo que a la privatización en sentido estricto se refiere, no se ha traspasado todavía la frontera de lo admisible, y que todavía es posible proceder a la privatización de no pocas empresas públicas. Sin embargo, el sistema español adolece de una carencia injustificable: no existe norma alguna de alcance general que regule específicamente la privatización de la empresa pública. Con tal motivo es necesario aplicar las viejas leyes que guardan relación con la disposición de bienes por parte de la Administración, lo que se traduce en una indudable falta de virtualidad de tales disposiciones y en un grave déficit de transparencia en los procesos privatizadores.

(38) Sobre la participación del Estado en la economía vid. recientemente el interesante trabajo de Luis ORTEGA *La regulación estatal de la economía*, en «Sistema», núm. 102/1991, págs. 69 y ss.

(39) T. PROSSER ha señalado que en Gran Bretaña no existen «núcleos intocables» insusceptibles de privatizar. «Todas las empresas públicas son privatizables.» Incluso las que forman parte del sector de la defensa: «La privatisation en Grande-Bretagne», en Ch. DEBBASCH (Director), *Les Privatisations en Europe*, Editions du CNRS, París, 1989, pág. 110. He de decir que ésta parece ser también la opinión de destacados líderes conservadores españoles, así como de algún analista económico.

En el marco de referencia anterior es donde debe situarse el análisis de la incidencia del Derecho comunitario en la privatización de la empresa pública. Son varios los elementos de reflexión que deben tomarse en consideración, pero la idea fundamental que se desprende del estudio llevado a cabo es que el Derecho Comunitario, para el que es en principio indiferente la titularidad pública o privada de la empresa, no impone en sí mismo una exigencia privatizadora, ni siquiera tras el Tratado de Maastricht. La clave hay que buscarla, por tanto, en otro lugar y éste no es otro que el de la *garantía de la libre competencia no falseada*. En este sentido, no pocas empresas públicas han de cambiar decididamente sus conductas, así como han de modificarse las relaciones de los poderes públicos con ellas.

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMUNITARIA Y LA GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO FACTOR DETERMINANTE.
LA INDIFERENCIA COMUNITARIA EN ORDEN A LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA EN LA CONSECUCCIÓN DE LOS OBJETIVOS COMUNITARIOS. LA LIBERALIZACIÓN COMO OPCIÓN, LA PECULIAR «DESREGULACIÓN» EUROPEA Y LA NO EXIGENCIA DE LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA PARA LA IMPLANTACIÓN DE AQUÉLLA

Dos artículos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea configuran, fundamentalmente, el régimen de la privatización de la empresa pública en el ámbito del Derecho europeo. El artículo 222 dispone:

«El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.»

El artículo 90.1, por su parte, es del siguiente tenor:

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive» (40).

En torno a los anteriores textos fundamentalmente hemos de hacer girar, por tanto, ahora, nuestro análisis.

(40) El artículo 7 establece la interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad. Los artículos 85 a 94 regulan las normas sobre la competencia.

Lo cual ha de hacerse tomando como punto de referencia el modelo económico de la Comunidad. ¿Existe una Constitución Económica Comunitaria? (41). Evidentemente el trasfondo económico es consustancial a la Comunidad Europea. No es necesario resaltarlo. La cuestión estriba en determinar qué modelo económico es el de la Comunidad. Y en este sentido una primera respuesta nos podría hacer acudir a la noción de Comunidad regida por los principios liberales de la economía. En efecto, la preocupación fundamental, medular, de la idea comunitaria es conseguir un mercado único (el Mercado Común primero, Mercado Interior ahora), para lo cual es imprescindible garantizar la absoluta libre competencia y anatematizar cuantas medidas o prácticas sean contrarias a la misma. Los *Fundamentos de la Comunidad* —contenidos en la segunda parte del Tratado CEE (arts. 9.º a 84)— y gran parte de la *Política de la Comunidad* —tercera parte, de la que cabe tomar en consideración ahora, al menos, los artículos 85 a 116— se sustentan en los principios económicos más puramente liberales. Puede extrañar que así sea, partiendo de la consideración social del Estado contenida en las Constituciones de al menos dos de los Estados miembros fundadores *ex origine* de la Comunidad (Alemania e Italia), pero hay pocas posibilidades de discusión al respecto. Sin embargo, inmediatamente hemos de hacer dos precisiones:

Primera: pese a todo, el Tratado seguía siendo indiferente respecto a la propiedad de la empresa (recuerdo, art. 222), lo cual permitía mantener un abultado sector público económico en los Estados miembros y permitió (sin que ahora podamos entrar en el juicio de su validez comunitaria) el gran movimiento nacionalizador francés de los primeros años ochenta.

Segunda, y más importante: el Acta Unica Europea (42) refuerza los contenidos sociales del Tratado, al añadir importantes previsiones en relación con la política social, la cohesión económica y social y el medio ambiente.

De modo que bien puede afirmarse que en la actualidad hay un importante componente social en la Comunidad, que no se resiente tras el Tratado de Maastricht, como luego veremos.

(41) Sobre ésta vid. recientemente, Giampaolo AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Cedam, Padova, 1992, págs. 241 y ss. Asimismo, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Colección «Cuadernos de Estudios Europeos», Fundación Empresa Pública-Cívitas, Madrid, 1993, págs. 81 y ss.

(42) Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986.

A ese modelo social le corresponde un modelo económico basado, ciertamente, en la libre competencia, pero con importantes componentes de economía social. La compatibilidad o posible declaración de compatibilidad con el mercado común de ciertas ayudas públicas (art. 92 del Tratado), como luego veremos, es un claro ejemplo de lo que digo.

En cualquier caso, la posible existencia de un modelo económico preciso (de entre los modelos de economía de libre mercado, economía social de mercado, y economía social dirigida, la Comunidad se inclina, sin duda, hacia el primero, pero con fuertes elementos correctores del segundo) no exige o limita la titularidad pública de empresas, siempre que se garantice la libre competencia. Pensemos que, paradójicamente, las nacionalizaciones francesas fueron llevadas a cabo con anterioridad a la entrada en vigor del Acta Unica, mientras que las privatizaciones se han efectuado tras la implantación de los elementos de economía social que la misma impone.

Antes señalé que la privatización puede ser entendida en muy diversos aspectos. Se habla de privatización con referencia al traspaso de la titularidad de empresas públicas a la iniciativa privada, o como «encomienda de gestión» de un servicio público a los particulares (encomienda que no encaja en los moldes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: art. 15.5) o como aplicación de técnicas de Derecho privado por parte de la Administración Pública.

Pues bien, hay que decir que, en principio, al Derecho comunitario le es indiferente tanto la aplicación de una u otra modalidad de gestión (aunque ya veremos cómo no siempre es así), como la titularidad pública o privada de la empresa, o la aplicación del Derecho administrativo o del Derecho privado en la actividad de la Administración Pública. Lo cual es perfectamente lógico dada la disparidad de regímenes jurídicos coexistentes en el seno de la Comunidad en su conjunto (disparidad derivada de los distintos sistemas propios de los países miembros), y debido a la necesidad de, no obstante esa diversidad (que no ha de impedir la necesaria armonización de aquéllos en la medida de lo posible), alcanzar soluciones generales válidas para todos los Estados.

Lo que al Derecho comunitario le preocupa es que los principios en que se inspira, las libertades que propugna, sean reales y efectivos, al margen de que quien pueda exigir su cumplimiento o a quien se pueda censurar el incumplimiento sea una empresa pública o privada. En este sentido hay que entender el artículo 222 del Tratado antes transcrito.

Centrándonos en el tema de la empresa pública y su privatización, hemos de decir, en consecuencia con lo anterior, que *el Derecho*

comunitario ni exige ni prohíbe la privatización. Es posible, en este sentido, afirmar, por tanto, que existe una indiferencia inicial del ordenamiento europeo en orden a la titularidad pública o privada de la empresa, como ya he señalado, y sin perjuicio de lo que luego veremos.

Admitido lo anterior, inmediatamente hay que decir que es seguramente la liberalización de la economía el elemento que con mayor fuerza puede incidir en el marco jurídico de la empresa pública. Sin duda la opción por tal liberalización es clara en la Comunidad. Lo que trae como consecuencia que deban ser desmantelados determinados monopolios públicos. Algo que a su vez va a exigir la privatización (en realidad, liberalización) no de ciertas empresas, sino del sector en que éstas operen. De modo que la empresa pública beneficiaria de una situación de privilegio como consecuencia de la existencia de un determinado monopolio se va a ver sometida a la necesaria libre competencia que el Derecho comunitario exige. Repito, sin embargo, que este proceso no exige en sí mismo la privatización de la empresa. Requiere más sencillamente que ésta actúe en el libre mercado y en condiciones de igualdad. Lo cual, por supuesto, dada la situación del sector público español (en el que los monopolios hasta no hace mucho indiscutidos de IBERIA, TABACALERA, CAMPSA y TELEFÓNICA eran piezas estructurales de importancia capital), puede empujar a España, «bajo la lógica del mercado, hacia la privatización», como ha señalado V. WRIGHT (43). Pero ese impulso privatizador no deriva de una exigencia concreta supuestamente privatizadora derivada del Ordenamiento Comunitario, sino de los principios generales que de éste cabe derivar (así como, por supuesto, de preceptos concretos de los tratados y de disposiciones del Derecho derivado).

También nos consta que la liberalización de la economía requiere, sin duda, una cierta labor desreguladora. Pero igualmente nos consta que en el ámbito de la Comunidad esa «desregulación» es ciertamente peculiar. Incluso se ha afirmado que *the Community is not aiming for deregulation* —SEEBOHM (44)—, la Comunidad no se inclina hacia la desregulación.

No existe contradicción en lo que acabo de señalar. La liberalización, en efecto, es un objetivo prioritario en la instauración del mer-

(43) Vincent WRIGHT, *La relación Estado-Mercado en Europa*, ciclo de conferencias pronunciadas en la Fundación Juan March, Madrid, durante los días 31 de marzo a 9 de abril de 1992 (con el título *Reshaping State-Market Relations: some lessons from recent European experience*). Resumen del mismo en «Boletín Informativo». Fundación Juan March, núm. 222, agosto-septiembre, 1992, del que cojo la cita, pág. 44.

(44) «The implementation of the first aviation package at national level: some observations», en J. SCHWARZE, U. BECKER y C. POLLACK (eds.), *The 1992 Challenge at National Level*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1991, op. cit., pág. 493.

cado interior, y para conseguirlo es imprescindible suprimir no pocas trabas administrativas y mecanismos de protección que son incompatibles con él. Lo cual requiere una labor desreguladora importante. Pero en absoluto la supresión de la regulación. Más bien lo que se ha de pretender con la *nueva regulación* es garantizar la libre competencia en el marco del respeto a los intereses generales y a los derechos de los ciudadanos.

En cualquier caso, tampoco de esta peculiar desregulación europea cabe extraer como consecuencia la necesaria privatización de la empresa pública. De nuevo ha de concluirse que lo que el Tratado exige es que la empresa pública se sitúe en un plano de sustancial igualdad respecto a la privada en el ámbito del mercado. Esto es lo que se persigue con el artículo 90.1 TCEE (45).

Este principio general puede verse excepcionado en virtud de lo que dispone el apartado 2.º del propio artículo 90:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

La excepción anterior, nuevamente, se mueve en el ámbito de la protección de la competencia, atemperándola a las exigencias que puedan derivarse de la gestión de servicios de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal (46), pero no afecta a la necesidad o no de proceder a la privatización de las empresas públicas, tema en relación con el cual se muestra indiferente, ya que incluso se ha admitido que puedan incluirse en la excepción de dicho precepto empresas privadas, siempre que «estén encargadas de la gestión de servicios de interés económico general por un acto de poder público»: Sentencia del Tribunal de Justicia *BRT/SABAM II*, de 21 de marzo de 1974.

(45) Sobre el artículo 90 del Tratado vid. el análisis de A. BERCOVITZ contenido en su magnífico trabajo: «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario...*, op. cit., págs. 432 y ss.

(46) Excepción que ha de ser interpretada restrictivamente: Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974, *BRT/SABAM II*.

Sin embargo, pese a lo hasta ahora expuesto, lo cierto es que la privatización de la empresa pública no es ~~del~~ todo indiferente para el Derecho comunitario. Aunque más bien deberíamos decir que existen determinados principios del Derecho europeo que afectan a la empresa pública y, en consecuencia, a su posible privatización. Principios que, en algunos casos, no sólo no empujan a la privatización, sino que se traducen en una cierta sensación de recelo frente a posibles privatizaciones en orden a evitar la posible huida que con esta práctica puede producirse en relación con el Derecho europeo. El que la titularidad de una empresa sea pública o privada tiene, en efecto y pese a lo que acabo de exponer más atrás, consecuencias jurídicas importantes en el ámbito del Derecho comunitario.

3. EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EL ELEMENTO TELEOLÓGICO DE LAS DIRECTIVAS.
EL LÍMITE DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA COMO FACTOR PARA DETERMINAR LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

Una muestra evidente del recelo frente al intento de huir de la aplicación del Derecho comunitario nos lo da el concepto mismo de empresa pública (47).

Un concepto restrictivo de empresa pública es el que debe mantenerse, en mi opinión, cuando se analiza la privatización en el ámbito del Derecho comunitario (48). Paradójicamente es el que más claramente puede garantizar el cumplimiento de los objetivos del Tratado.

Pese a lo que una primera lectura podría dar a entender, ésta es, en efecto, la conclusión a la que cabe llegar en el seno del Derecho europeo. La Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, sobre Transparencia de las Relaciones Financieras de las Empresas Públicas (49), modificada en 1985 (50), define la empresa pública como

(47) El concepto de empresa pública lo analizo con cierto detalle en el libro del que el presente trabajo forma parte y al que me refería en la nota introductoria al mismo. Una vez concluido este artículo, ha aparecido la obra de S. MUÑOZ MACHADO ya citada *Público y privado en el mercado europeo...*, en cuyas páginas 84 y ss. lleva a cabo un completo análisis de la definición de la empresa pública en el seno del Derecho comunitario. Tal obra, que ahora no he podido tomar suficientemente en consideración por la razón apuntada, señala la trascendencia del concepto de empresa pública y analiza de forma detallada diversos e importantes temas relacionados con la misma.

(48) No es esta, sin embargo, la postura predominante. Vid. A. BERCOVITZ, «Normas sobre la competencia...», op. cit., págs. 433 y ss. y la obra de MUÑOZ MACHADO citada en la nota anterior.

(49) El Tribunal de Justicia ha confirmado la legalidad de la Directiva sobre transparencia en su Sentencia de 6 de julio de 1982, asuntos acumulados 188 a 190/1980. La Directiva había sido impugnada por Italia, Francia y Gran Bretaña.

(50) Directiva 85/413/CEE. Sobre ello vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *La ampliación*

«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. La influencia dominante se presume cuando los poderes públicos, directa o indirectamente:

- a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa; o
- b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas; o
- c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa».

Este concepto de empresa pública parece que es el que debemos considerar, ya, propio del Ordenamiento Europeo. En efecto, la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (los llamados *sectores excluidos* en el argot de la apertura de la contratación pública comunitaria), reitera tal concepto, haciéndolo suyo (51). Concepto que se mantiene en la reciente Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993 (52), por la que se modifica y deroga la anterior. Las empresas públicas se definen como tales «empresas» (no como organismos o entidades) y la posición dominante se conceptualiza en función de criterios claramente societarios (capital suscrito, votos, consejos de administración...). Criterio que, además, resulta más cla-

del ámbito de aplicación de la Directiva sobre transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas, en «Noticias/CEE», núm. 33, 1987, págs. 13 y ss.; sobre el concepto de empresa pública en la Directiva 80/723/CEE, vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 77 y ss.

(51) En su artículo 1º.2) afirma que, a los efectos de dicha Directiva se entenderá por «empresas públicas, aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa; o
- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa; o
- puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».

(52) «DOCE», núm. L 199, de 9 de agosto de 1993.

ro si atendemos a la distinción que en el Derecho comunitario suele hacerse entre «organismo de Derecho público» y «empresa pública». Utilizando de nuevo la Directiva antes citada 93/38/CEE, observamos que su artículo 1.º.1) afirma:

«Se considerará como organismo de Derecho público cualquier organismo que:

- haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no sea de carácter industrial o comercial;
- tenga una personalidad jurídica, y
- esté financiado mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, más de la mitad de cuyos miembros son nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público.»

Este concepto es el que debe enfrentarse al de empresa pública. Y hemos de admitir que el anterior, el de organismo público, sí es un concepto amplio, pues en definitiva de lo que se trata (en este caso) es de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. Lo cual nos debe hacer recapacitar acerca del hecho de que el *elemento teleológico* está fuertemente presente en todas las Directivas comunitarias. Después de todo, es precisamente el fin perseguido lo que las define. Como sabemos, «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» (art. 189 TCEE). Por ello es imprescindible garantizar el resultado que con las Directivas se persigue: el respeto de las reglas de competencia o la apertura efectiva de la contratación pública, en los casos anteriores. Por eso, en suma, es imprescindible interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante subterfugios nacionales se eluda el cumplimiento de las Directivas en cuestión. Esto es lo que ha obligado al Tribunal de Justicia a interpretar las Directivas de acuerdo a sus objetivos, huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigurosas. Tal es el caso, por ejemplo, de las Sentencias *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, *K. Hoefner/Macroton GmbH* y *British Gas*.

En la Sentencia de 16 de junio de 1987, asunto c. 118/85, AAMS, se ventila una controversia surgida entre la República italiana y la Comisión. La primera estimaba que no podía ser considerada como empresa pública la *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* dado que ésta, carente de personalidad jurídica propia, debería considerarse incluida en el concepto de «poder público». El Tribunal, sin embargo, como ha señalado SORACE (53), subrayando que el objetivo de la Directiva era distinguir claramente la figura del Estado como poder público de la del mismo como propietario (desde el momento que el Estado puede actuar o bien ejercitando el poder de imperio, o desarrollando actividades económicas de naturaleza industrial o comercial ofertando bienes y servicios al mercado), ha negado que el hecho de que un determinado organismo forme parte de la Administración Pública sea obstáculo para que *sea considerado empresa pública a los efectos de la Directiva 80/723*. Asimismo, ha negado que la noción de «relaciones financieras» presuponga la existencia de relaciones entre sujetos jurídicos distintos. En cualquier caso, las consideraciones del Tribunal van dirigidas sustancialmente a garantizar de forma efectiva la finalidad perseguida por la Directiva: la aplicación real a las empresas públicas del régimen de las ayudas públicas. Por eso, *a tal fin*, la AAMS debe ser considerada empresa pública y sometida, por tanto, a la Directiva 80/723 (54).

También la Sentencia de 24 de abril de 1991, asunto 41/90, *K. Hoefner/Macroton GmbH* (55), acoge un muy amplio concepto de empresa que puede incluso abarcar a un órgano administrativo «al que se le ha conferido un monopolio exclusivo sobre las actividades de colocación de personal en las empresas». De modo que a efectos de lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, a tales órganos puede serles de aplicación la prohibición de ejercicio de posición dominante a la que aquél se refiere (56).

(53) *L'ente pubblico tra Diritto comunitario e Diritto nazionale*, trabajo presentado al *Convegno Nazionale di Studi «Ente pubblico ed enti pubblici»*, Firenze, 25-26 de octubre de 1991, destinado a los *Scritti in memoria di Franco Piga*. Utilizo el ejemplar original, amablemente cedido por el autor, del que la cita es en pág. 15.

(54) Sobre la Directiva y la Sentencia AAMS pueden consultarse entre nosotros J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública*, en *Noticias/CEE*, núm. 42, págs. 163 y ss., así como J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción...*, op. cit., págs. 76 (nota 45) y ss.

(55) Vid. SORACE, *L'ente pubblico tra Diritto comunitario...*, op. cit., pág. 15, que se remite a M. CHITI, «I signori del Diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo», *Relazione* presentada al *Convegno Diritti Amministrativi nazionali e Diritto amministrativo italiano*, celebrado por el *Istituto di Diritto Pubblico* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, «La Sapienza», 12 de diciembre de 1990.

(56) Hay que decir que en esta Sentencia el Tribunal parte de un concepto de empresa sumamente amplio, ya que considera como tal cualquier entidad que ejercite una actividad económica, prescindiendo de su estatuto jurídico y de su forma de financiación.

En fin, la Sentencia de 12 de julio de 1990, asunto c. 188/89, *A. Foster y otros/British Gas*, no aborda el tema de la empresa pública, sino el de los organismos públicos que están sometidos al principio de efecto directo de las Directivas. Y en este sentido ha señalado, refiriéndose a la empresa *British Gas Corporation* (antes de su privatización), que estaba vinculada por dicho efecto directo, pues éste opera «à l'encontre d'un organisme qui quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers».

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el objetivo final es que el Tratado CEE y, por tanto, los principios de Mercado interior y no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembros. Por eso se califica *British Gas* de organismo sometido al efecto directo de las Directivas y, sin embargo, la AAMS queda incluida en el concepto de empresa pública al objeto de exigir el respeto de las obligaciones derivadas de la Directiva 80/723. Sin duda el Tribunal también afirmarí­a sin titubeos el efecto directo de las Directivas frente a dicha *Amministrazione Autonoma*.

Junto a la empresa pública, el artículo 90.1 del Tratado de Roma se refiere a las empresas a las que los Estados miembros «concedan derechos especiales o exclusivos».

Tal concepto ha sido desarrollado, por ejemplo, por la Directiva 90/531/CEE, que ya conocemos (derogada, como ya señalé, por la 93/38/CEE, que en este punto, sin embargo, no altera a la anterior), aplicable no sólo a los poderes públicos y empresas públicas, sino igualmente a las empresas que se encuentren en aquella situación y que ejerzan alguna de las actividades a que la norma se refiere (57). El artículo 2.3 de la Directiva dispone:

«... Se considerarán derechos especiales o exclusivos los que resulten de una autorización otorgada por una autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de una de las actividades definidas en el apartado 2 a una o varias entidades» (58).

(57) Recuerdo que son las relacionadas con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

(58) Actividades que configuran a su vez el ámbito de aplicación de la Directiva y que se refieren a las citadas *supra* en el texto y en la nota anterior.

Como vemos, el concepto viene a coincidir con nuestros concesionarios y aquellas empresas que dispongan de una autorización operativa excluyente de la actividad de terceros en el mismo sector.

¿Qué consecuencias se derivan de lo hasta ahora dicho en relación con la privatización de la empresa pública?

Ante todo, la necesidad de delimitar claramente los supuestos que pueden incluirse dentro del concepto de privatización que aquí estamos utilizando, fundamentado en el paso de las empresas públicas a manos privadas, lo que trae como consecuencia el cambio en su propia naturaleza jurídica derivada. En efecto, la naturaleza primaria (empresa) no se modifica, pero la derivada (pública o privada), sí. Y en este sentido debe llamarse la atención acerca de un elemento esencial: mientras que en el ámbito del Derecho interno se considera pública sólo aquella en la que la participación pública sea mayoritaria, en el Derecho europeo es el concepto de *influencia dominante* lo que se ha de tomar en consideración. Lo cual significa que mientras esa influencia no deje de ser dominante, la empresa deberá ser considerada, a efectos de la aplicación del Derecho europeo, como pública, y ello pese a que la participación del poder público haya dejado de ser mayoritaria (59).

El tema no es menor y tiene especial incidencia en el ámbito de la apertura de la contratación pública comunitaria, como ahora veremos.

4. LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA Y LA APERTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA.

LA DIVERSIDAD DE CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS Y LA POSIBLE HUIDA DE LA APLICACIÓN DE TALES DIRECTIVAS, CONSEGUIDA MEDIANTE LA PRIVATIZACIÓN

En efecto, un claro ejemplo de la trascendencia que puede tener la adopción de un acuerdo privatizador en relación con la aplicación o no del ordenamiento comunitario lo tenemos en la regulación de la apertura de los contratos públicos.

La cuestión se plantea sustancialmente por la diversidad de régimen aplicable a los distintos sujetos de acuerdo al ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas que regulan la materia.

(59) De modo que, si el Estado dejase de ostentar la participación mayoritaria en REPSOL o en Argentaria, como está anunciado, tales empresas podrán ser consideradas privadas a ciertos efectos, pero públicas en el contexto del Derecho comunitario, lo que exigiría la observancia de la Directiva 80/273/CEE, por ejemplo, así como de las Directivas sobre contratación pública que les fuesen de aplicación.

Sin perjuicio de los preceptos del Tratado de Roma que garantizan la apertura de la contratación pública comunitaria y la no discriminación por razón de la nacionalidad de los licitadores (60) (arts. 7, 30 y ss., 52 y ss. y 59 y ss.), ha sido necesario aprobar una serie de Directivas que garantizaran además la objetividad, transparencia y control en la contratación (61). Pues bien, la privatización de la empresa pública puede traer como consecuencia la huida de la aplicación de tales directivas.

Hasta la publicación de las muy recientes Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, ambas de 14 de junio (62), el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas no era claro ni homogéneo. En el ámbito del contrato de suministros, se consideraban poderes adjudicadores «el Estado, los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho público» (art. 1.º de la Directiva 77/62/CEE). Parece que no abarcaba a las empresas públicas, pero sí a los organismos autónomos (incluidos los de carácter comercial o industrial) y las personificaciones de Derecho público sometidas al Derecho privado. De modo que la conversión de éstos en empresa pública (con personificación jurídico-privada) eludiría la Directiva.

En el ámbito de los contratos de obras el ámbito subjetivo es diferente. Por poderes adjudicadores se entendía (art. 1.º de la Directiva 89/440/CEE) «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público, y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público». Del concepto de organismo de Derecho público se excluyen, *a contrario*, aquellos creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que tengan carácter mercantil. No obstante, según la Decisión de la Comisión 90/380/CEE, de 13 de julio de 1990 (63), deben considerarse organismos de Derecho público, en todo caso, los organismos autónomos (sin distinción alguna), y «otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español». En definitiva, sólo las empresas públicas *stricto sensu* y las personificaciones de

(60) Vid. PÍÑAR MAÑAS, *El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. Especial referencia a la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero*, en «Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia», Primera parte, Boletín núm. 76, julio-agosto 1992, págs. 11 y ss. y la bibliografía que allí cito. La segunda parte del estudio en la misma «Gaceta», Boletín núm. 77, septiembre 1992, págs. 15 y ss.

(61) Directivas 77/62/CEE, 80/767/CEE, 88/295/CEE y 93/36/CEE sobre el contrato de suministros; 71/305/CEE, 89/440/CEE y 93/37/CEE sobre el contrato de obras; 92/50/CEE sobre el contrato de servicios; 89/665/CEE sobre recursos y garantías; 90/531/CEE, 92/13/CEE y 93/38/CEE, sobre contratación en el ámbito de los llamados sectores excluidos.

(62) «DOCE», núm. L 199, de 9 de agosto de 1993.

(63) Por la que se actualiza el anexo I de la Directiva 89/440/CEE que recoge la lista de organismos de Derecho público sometidos a tal Directiva.

Derecho público que persigan fines de carácter mercantil y estén además excluidas de la aplicación de la legislación de contratos quedarían al margen de la Directiva de obras.

En el ámbito de los contratos de servicios, la situación era y es sustancialmente igual que la anterior, según se desprende del artículo 1.º.A.b) de la Directiva 92/50/CEE, que no ha sido modificada.

Sin embargo, en el ámbito de los llamados sectores excluidos la situación es muy diferente, ya que la Directiva 93/38/CEE (que ha derogado a la 90/531/CEE) se aplica, como sabemos, no sólo a los poderes adjudicadores en los términos de la Directiva 92/50/CEE, sino también a las empresas públicas o privadas que «gocen de derechos especiales o excluidos», en los términos que ya conocemos.

A la vista de lo anterior, podemos llegar a una conclusión: la privatización de una empresa pública o la creación de una en lugar de la constitución de un organismo autónomo o de una entidad con personalidad jurídico-pública puede dar lugar a la no aplicación de las Directivas sobre contratos (con la excepción, en su caso, de la 93/38/CEE). De hecho, es evidente que una de las razones que han impulsado a constituir sociedades anónimas para la gestión de los llamados «acontecimientos del 92» (Olimpíadas y Expo) se encuentra en la intención de eludir los trámites y las exigencias de objetividad y transparencia que exige el Derecho comunitario.

Esta situación sigue siendo la misma tras la reciente reforma de las Directivas sobre contratos operada hace unos meses. Las Directivas que ya conocemos de 1993 pretenden «alinearse» la regulación sustantiva en materia de contratos, unificando, entre otros aspectos, el ámbito subjetivo de aplicación. De modo que hoy los sujetos obligados a aplicar las Directivas se definen de forma igual en las Directivas de suministros y de obras (hay una pequeña aunque importante diferencia en relación con la Directiva 93/38/CEE, sobre sectores excluidos, en la que ahora no puedo entrar). La definición subjetiva se ha llevado a cabo acogiendo el criterio anterior de la Directiva de obras, más preciso que el de la de suministros. En cualquier caso, sin embargo, las consideraciones que acabo de hacer acerca de la huida de las Directivas a través de la privatización son todavía perfectamente válidas, pues no se ha dado el paso de incluir claramente a las empresas públicas en el ámbito de aplicación de la normativa sobre apertura de contratos públicos.

5. LA APERTURA DE LA PRIVATIZACIÓN A LA ADQUISICIÓN
DE PARTICIPACIONES DE CAPITAL POR PARTE DE PERSONAS FÍSICAS
O JURÍDICAS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.
LA APLICACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO.
LAS EXCEPCIONES A DICHA REGLA

La privatización de empresas públicas implica en numerosas ocasiones, como ya nos consta, importantes operaciones bursátiles por la envergadura de los paquetes de acciones puestos a la venta. Lo que a menudo atrae al inversor extranjero. En no pocas de las privatizaciones que por el momento se han efectuado en España la tónica ha sido precisamente la apuntada.

A veces, sin embargo, se ponen trabas a la participación extranjera alegando para ello motivos de interés general. Méjico o Japón, Gran Bretaña, Francia o Portugal son ejemplo de lo dicho. Pues bien, ¿de qué manera incide el Derecho comunitario en tales situaciones?

El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, recogido en el artículo 7 del Tratado CEE, y las libertades comunitarias —libre circulación de personas, servicios y capitales— conforman el cuadro general de referencia en orden al problema planteado. No debería haber, pues, en principio, limitación alguna a la participación de capital extranjero de proveniencia comunitaria en los procesos privatizadores llevados a cabo por los Estados miembros.

Sin entrar ahora en el análisis de la libertad comunitaria de establecimiento (64) hemos de señalar, por su especial interés en relación con la privatización, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 52 del Tratado, según el cual:

«La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales»

(64) Sobre ello vid. por todos, I. BORRAJO, «Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Cívitas, Madrid, 1986, vol. II, págs. 149 y ss.

Según dicho precepto debe admitirse que aquella libertad incluye necesariamente el derecho de suscripción de acciones y, por tanto, el derecho de participar en los procesos de privatización que se ejecuten en los mercados bursátiles. Así lo han señalado KOVAR (65) y DEL CASALE (66), a los que ha seguido AMORELLI (67).

De modo que cualquier discriminación fundamentada en la nacionalidad sería contraria al Tratado, como con carácter general mantiene constantemente el Tribunal de Justicia (68).

La anterior conclusión, sin embargo, puede tener algunas matizaciones o excepciones. En primer lugar, las restricciones que puedan derivar de las medidas que legítimamente podrían adoptar los Estados miembros en relación con los movimientos de capital (arts. 67 y ss. del Tratado), si bien en este punto ha de tenerse en cuenta la Directiva 88/361/CEE, por la que se liberalizan totalmente los movimientos de capital en el interior de la Comunidad (69).

En segundo lugar, las excepciones derivadas de la cláusula de interés general. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros puedan oponer razones de interés general para limitar el ejercicio de ciertas libertades, siempre que esas limitaciones no sean de naturaleza discriminatoria, como ya señaló en la Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, asunto 33/74 (70). En lo que ahora nos interesa, se ha admitido la posibilidad de adoptar medidas que pretendan evitar las operaciones especulativas en Bolsa: Sentencia de 24 de octubre de 1978, *Koestler*, asunto 15/78.

Pero junto a esa construcción jurisprudencial de las razones de interés general, el Tratado ofrece un supuesto concreto en su artículo 223 (71):

(65) «Nationalisations-privatisations et Droit Communautaire», en J. SCHWARZE (coord.), *Discretionary Powers of the Member States in the field of Economic Policies and their limits under EEC Treaty*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1988, pág. 116.

(66) *Le privatizzazioni in Europa*, CIRIEC, Milano, 1987, págs. 151-152.

(67) *Le privatizzazioni nella prospettiva...*, op. cit., pág. 256.

(68) Sobre ello, I. BORRAJO, *Las libertades...*, op. cit., especialmente págs. 244 y ss. y 250 y ss.

(69) Sobre dicha Directiva, vid. A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo...*, op. cit., págs. 573 y ss.

(70) Vid. BORRAJO, op. ult. cit., pág. 254.

(71) Las excepciones que por su parte recoge el artículo 36 del Tratado CEE en relación con la supresión de las restricciones cuantitativas a la importación y exportación parece que afectan bastante menos a los procesos privatizadores aunque evidentemente pueden incidir en la actividad comercial de ámbito internacional de las empresas privatizadas. Lo mismo cabe decir de las excepciones contenidas en el artículo 115. Sobre los citados artículos 36 y 115 vid. MATTERA, *El Mercado Unico...*, op. cit., págs. 607 y ss. y 627 y ss., respectivamente.

«1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:

a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.»

Hay que decir, sin embargo, que tales excepciones han de ser interpretadas con carácter restrictivo (72). Como recuerdan KOVAR (73) y AMORELLI (74), el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnstone*, asunto 222/84, ha señalado que «el Tratado contempla excepciones aplicables a situaciones que pueden comprometer la seguridad pública sólo en los artículos 36, 48, 56, 223 y 224, que se refieren a supuestos excepcionales, claramente delimitados. En razón de su carácter limitado, tales artículos no admiten una interpretación extensiva, ni es lícito decidir una reserva general, inherente al Tratado, en relación con cualquier resolución adoptada por razones de seguridad pública. Si se considerase que todas las disposiciones del Derecho comunitario están sujetas a una reserva general, prescindiendo de los presupuestos específicos establecidos en el Tratado, se correría el riesgo de comprometer la fuerza vinculante y la aplicación uniforme del Derecho comunitario».

A la luz de las anteriores consideraciones, podemos concluir que restricciones semejantes a las establecidas en la legislación francesa, que pretenden explicar la limitación a la participación extranjera (sin distinguos entre nacionales comunitarios o no) en su proceso privatizador en función de un interés general inespecífico, deben ser consideradas contrarias al Tratado y por tanto de dudosa validez (75). En lo que a España se refiere, debemos recordar que la normativa sobre inversiones extranjeras ha sido recientemente modificada en un sentido decididamente liberalizador que se adapta clara-

(72) Sobre el alcance de los artículos 223, 224 y 225 del Tratado de Roma, vid. MATTERA, op. ult. cit., págs. 623 y ss.

(73) *Nationalisations-privatisations...*, op. cit., págs. 117 y ss.

(74) *Le privatizzazioni...*, op. cit., pág. 257.

(75) De igual opinión, AMORELLI, op. ult. cit., pág. 256.

mente al Derecho comunitario, recogiendo límites más que admisibles. Por otro lado, las medidas liberalizadoras del movimiento de capitales adoptadas recientemente refuerzan todavía más la posibilidad de participación extranjera en los procesos privatizadores españoles, como por lo demás ya sabemos.

6. EL PROBLEMA DE LAS AYUDAS PÚBLICAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A AQUELLAS QUE SE PRESTAN CON ANTERIORIDAD A LA PRIVATIZACIÓN Y PARA FACILITARLA. ANÁLISIS DE DIVERSAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EN REFERENCIA A AYUDAS PRESTADAS EN PROCESOS PRIVATIZADORES

Los artículos 92 a 94 del Tratado CEE regulan las ayudas otorgadas por los Estados a las empresas. La entera regulación en ellos contenida afecta por igual a las empresas privadas y a las públicas. Ya conocemos el texto del artículo 90.1 en este sentido, en el que hay una especial referencia a los artículos 85 a 94.

El artículo 92 parte de una prohibición general de ayudas tergi-versadoras de los objetivos comunitarios tendentes a conseguir la implantación del mercado interior. Su apartado primero dispone:

«Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.»

Esta prohibición general sólo puede ser excepcionada en los casos en que la ayuda se considere o pueda considerarse compatible con el Tratado. A tales supuestos se refiere el apartado 2 del artículo 92 TCEE. Por otra parte, al objeto de garantizar la efectividad de la prohibición, se han previsto, con una minuciosidad no normal en el Tratado, diversas exigencias tendentes a conseguir un cabal conocimiento por parte de la Comisión de las ayudas públicas prestadas o que se prevea hacer efectivas, así como un procedimiento de impugnación ante el Tribunal de Justicia y una posible actuación rápida de la Comisión, que puede dar lugar incluso a la obligación de devolución, por parte de la empresa, de la ayuda recibida ilegítimamente. Todo ello, según el artículo 93 del Tratado (76).

(76) Sobre el régimen comunitario de las ayudas públicas contamos ya con una considerable bibliografía. Entre otros, FERNÁNDEZ FARRÈRES, *El régimen de las ayudas estatales*

No es el caso que analicemos ahora el entero régimen de las ayudas públicas. Basta con señalar que la finalidad perseguida por el Tratado vuelve a ser evidente: intentar que no se falsee la competencia. A tal fin, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una ya considerable doctrina en la que ha fijado un concepto sumamente amplio de lo que cabe integrar en el concepto de ayuda pública a efectos de los artículos 92 y 93. Por otra parte, nada impide que las previsiones de tales preceptos se apliquen tanto a las empresas privadas como a las públicas.

Este segundo factor es para nosotros de gran importancia, ya que incide claramente en los procesos de privatización.

En efecto, la decisión de privatizar una empresa pública recae en no pocas ocasiones sobre entidades con no muy buena salud económico-financiera. Esta situación retrae considerablemente a los posibles compradores, que suelen exigir un proceso de saneamiento previo para hacerse cargo de la misma, lo que en no pocas ocasiones se traduce en la necesidad de acordar ayudas públicas del más variado tipo con antelación al traspaso de la propiedad, tales como aportaciones dinerarias, ampliaciones de capital, beneficios fiscales o condonaciones de deudas. De lo que se trata es de evitar que el Estado, traspasando la frontera de lo admisible en las reglas de la libre competencia, pierda su veste de empresario y adquiera la de poder público, el cual, con sus decisiones, puede alterar la marcha del mercado. Decisiones —y éste es un criterio interpretativo constantemente presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— que nunca habría adoptado (por inadmisibles o por encontrarse fuera del alcance de lo aceptable para él) el empresario privado (77). En este sentido, es imprescindible distinguir entre lo que cabría admitir como inversiones empresariales aceptables por parte del Estado (como se admitirían a cualquier empresario privado), y lo que ha de considerarse subvenciones o ayudas ilegítimas. En palabras del Tribunal en la Sentencia de 10 de julio de 1986, *Bélgica/Comisión*, asunto 40/85:

en la Comunidad Europea, Cívitas, Madrid, 1993 (aparecido cuando este trabajo ya había sido concluido) y «El control de las ayudas financieras nacionales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo...*, op. cit., vol. II, págs. 619 y ss.; A. BERCOVITZ «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», op. cit., especialmente págs. 461 y ss.; MATTERA, *El Mercado Unico...*, op. cit., págs. 87 y ss.; J. W. RODRIGUEZ CURIEL, *Ayudas de Estado a Empresas Públicas*, Ministerio de Industria y Energía, «Colección Economía e Industria», núm. 9, Madrid 1989; del mismo, *Ayudas de Estado. Consecuencias de los recursos interpuestos por Italia y España en los asuntos Italgrini y Cenemesa*, en «Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia», Boletín num. 76, julio-agosto, 1992, págs. 3 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica...*, op. cit., págs. 247 y ss.

(77) Vid. AMORELLI. *Le privatizzazioni...*, op. cit., pág. 58.

«En el caso de empresas en las que la autoridad pública ostente la casi totalidad del capital, debe valorarse en particular si, en circunstancias análogas, un socio privado, basándose en las posibilidades de obtener un crédito, abstracción hecha de cualquier consideración de carácter social o de política regional o sectorial, habría efectuado una aportación de capital semejante.»

No me refiero ahora, por tanto, a los supuestos en los que el interés general admite la posibilidad de intervenciones en forma de ayudas, excusados de la aplicación de los artículos 92 y 93, sino de aquellos en los que tal interés no existe, no obstante lo cual, se procede a otorgar la ayuda que a la postre se ha de considerar incompatible con el Tratado.

Los intentos de «facilitar» la privatización de empresas públicas a través de la concesión de ayudas (unas veces compatibles e incompatibles otras) se han dado en diversas ocasiones y en diversos Estados.

He aquí algunos supuestos (78):

Decisión de la Comisión de 29 de abril de 1987, caso Grupo Rover. La Comisión aprueba una ayuda de 144,6 millones de libras, previa a la privatización de Leyland Bus, y de 543 millones de libras previa a la privatización de Leyland Truck. Aplica la Comisión la excepción de la letra c) del artículo 92.3 del Tratado por considerar que el Grupo Rover va a proceder a una reestructuración importante que contribuirá significativamente a la reestructuración del sector comunitario. Además, la ayuda es muy inferior al importe total de las deudas de las empresas privatizadas (79).

Decisión de la Comisión de 29 de marzo de 1988, asunto RE-NAULT (80). La Comisión ha considerado incompatibles parte de las medidas relacionadas con la conversión de la Renault, que pasaría a ser una sociedad anónima, dejando su estatuto de *Régie*.

Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1988, asunto GRUPO ROVER BRITISH AEROSPACE (81). Se aprueba una ayuda de 469 millones de libras para facilitar la reprivatización de AUSTIN ROVER y LAND ROVER, aplicando la excepción del artículo 92.3 del Tratado, por considerar que son ayudas de reestructuración (82).

(78) Datos sacados, además de los correspondientes Diarios Oficiales de la Comunidad, de J. W. RODRÍGUEZ CURIEL, *Ayudas de Estado...*, op. cit., págs. 111-112, 141-142, 160-163 y 180-186; AMORRELLI, *Le privatizzazioni...*, op. cit., págs. 259 y ss. y del Boletín «Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», núm. 21/1992. 6 a 10 de julio de 1992, pág. 39.

(79) Vid. RODRÍGUEZ CURIEL, op. ult. cit., págs. 141-142.

(80) «DOCE» de 11 de agosto de 1988, núm. L 220/30.

(81) «DOCE», núm. L 25/89.

(82) Vid. RODRÍGUEZ CURIEL, op. ult. cit., págs. 160-162.

Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1988, asunto LANEROSSI (83). La Comisión considera incompatible y exige la devolución de la ayuda de 184 millones de Ecus recibida por LANEROSI (integrada en el Grupo italiano ENI) como inyección de capital para facilitar su privatización (84).

Decisión de 3 de mayo de 1989, asunto ENASA. De un total de 138.800 millones en que se evaluó el Plan de reestructuración de ENASA para 1986-1991, sólo 69.736 millones de pesetas se consideraron elementos de ayuda, y de éstos, la Comisión aprobó un máximo de 46.736 millones de pesetas. La decisión no está directamente relacionada con la privatización de la empresa, pero indudablemente ha incidido *a posteriori* en la misma. Es interesante resaltar que la Comisión estimó, entre otras consideraciones, que parte de la ayuda debía aprobarse por ser anterior al 1.º de enero de 1986, y que parte de las aportaciones de capital incluidas en la citada cantidad de 138.800 millones de pesetas estaban relacionadas con proyectos militares, por lo que entra en juego la excepción del artículo 223.1.b) del Tratado (85).

Decisión de 16 de mayo de 1989, asunto MTM/Ateinsa. La presente decisión tiene un especial interés por haber sido aprobada la ayuda por la Comisión y afectar directamente al proceso de privatización de dicha empresa, dependiente del INI y vendida en un 85 por 100 a ALSTHOM.

Con anterioridad a la venta (86), el INI aportaría a MTM/Ateinsa una cantidad de 12.000 millones de pesetas, para cubrir pérdidas y aumentar el capital y pagaría 13.000 millones a un fondo de pensiones privado, cantidad que corresponde a las obligaciones de ambas empresas con los trabajadores jubilados anticipadamente. La Comisión estima que procede aprobar la compatibilidad en base al artículo 92.3.c) del Tratado («ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas») (87).

(83) «DOCE» de 20 de enero de 1989, núm. L 16/52.

(84) Vid. AMORELLI, *Le privatizzazioni...*, op. cit., pág. 260.

(85) Vid. RODRÍGUEZ CURIEL, op. ult. cit., págs. 180-184.

(86) Según resume RODRÍGUEZ CURIEL, op. ult. cit., págs. 185-186.

(87) Debido a que (vid. RODRÍGUEZ CURIEL, op. ult. cit., págs. 185-186):

— Puede esperarse que las ayudas tendrán un efecto positivo en la competencia del sector (la empresa se dedica a la fabricación de material ferroviario) al liberar a las empresas de su completa dependencia de RENFE e, indirectamente, de los presupuestos del Estado y situarlas en condiciones normales de mercado en el futuro. Además, las autoridades españolas se habían comprometido a no otorgar más ayudas a las empresas en el futuro.

— Las ayudas facilitan la culminación y racionalización de un importante programa de reestructuración y racionalización. Durante el período 1985-1988 este programa ha s

Decisión de 31 de mayo de 1989, asunto ALFA ROMEO (88). La Comisión obligó a la FINMECCANICA (*subholding* del IRI propietaria de ALFA ROMEO) a restituir al erario público la cantidad de 615.000 millones de liras aportadas a la empresa automovilística antes de ser vendida a la FIAT (89). Previamente la Comisión (90) había señalado que «la inyección de capital de 408.900 millones de liras en 1986, al objeto de enjugar las deudas de ALFA ROMEO, no puede ser considerada como un comportamiento normal de un accionista privado. Tal operación ha permitido al grupo FIAT relevar al grupo ALFA ROMEO sin tener que asumir la totalidad de su deuda. Dado que en el sector automovilístico existe un notable intercambio comunitario, y dado que ALFA ROMEO y FIAT participan activamente en tal intercambio, la medida que se examina constituye ayuda y falsea la competencia en el sentido del artículo 92.1 del Tratado CEE».

Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1992. Asunto HITASA, IMEPIEL, INTELHORCE. La Comisión consideró incompatibles las ayudas de 17.800 millones de pesetas concedidas a tales empresas (91). La Comisión obliga a que las ayudas sean devueltas basándose en que «las inyecciones de capital que se produjeron en el momento de la privatización son consideradas incompatibles por el Tratado de Roma porque no iban acompañadas de planes de reestructuración que permitieran asegurar la viabilidad de las empresas». Se han mantenido los niveles de producción y se «agrava el riesgo de que las ayudas falseen la competencia». La Comisión considera, asimismo, que los precios pactados en la privatización de INTELHORCE y de HYTASA fueron ficticios, lo que supone igualmente una ayuda incompatible con el Tratado (92). En consecuencia, las ayudas deben ser res-

puesto una reducción de plantilla de estas empresas del 45% y más del 9% del volumen de negocios. Además, ambas empresas han abandonado sus actividades de ingeniería, que representaban el 15% del volumen de negocios. La reestructuración y la reducción de capacidad han contribuido a la reducción de la capacidad excedentaria global en el sector europeo de material ferroviario y en otros sectores conexos.

— El programa de racionalización y reestructuración continuará en el futuro, tras la venta, y será totalmente financiado por los nuevos propietarios sin ninguna otra ayuda por parte de las autoridades españolas.

(88) Decisión 89/661/CEE. «DOCE» de 30 de diciembre de 1989, núm. L 349/9.

(89) Vid. AMORELLI, op. ult. cit., pág. 261.

(90) Comunicación de la Comisión publicada en el «DOCE» de 13 de agosto de 1988, núm. C 213/4.

(91) 8.500 millones a IMEPIEL, 4 300 a HYTASA y 5.900 millones a INTELHORCE.

(92) El expediente de INTELHORCE —actualmente GENERAL TEXTILES ESPAÑA— supone que en los últimos años la empresa textil malagueña ha recibido subvenciones de la Dirección General del Patrimonio por un total de 24.000 millones de pesetas. Por su parte, HYTASA —actualmente MEDITARRÁNEA TÉCNICA TEXTIL (MTT)— fue subvencionada por valor de 11 000 millones de pesetas. IMEPIEL pasó a propiedad estatal en 1976, cuando era Segarra. Entre 1976 y 1990 recibió 27.000 millones de pesetas del Estado. Intelhorce nació bajo la protección del INI en los años cincuenta, en 1971 fue privatizada, adquirida de nuevo por

tituidas, para lo que se dio un plazo de dos meses (93). Hay que decir que la Decisión ha sido recurrida por el Gobierno español ante el Tribunal de Justicia, *España/Comisión*, asuntos C-278 a 280/92 (94).

Los anteriores supuestos nos indican de nuevo, y con especial claridad, cuál es la preocupación de la Comunidad. No tanto que la empresa esté en manos públicas o sea privada (elemento que no se tiene en cuenta en sus decisiones) como que pueda falsearse la competencia. No se valora si ésta está mejor garantizada por una empresa de uno u otro tipo, lo cual, repito, es indiferente. En cualquier caso, nos sirven para apreciar lo habitual de la práctica de las ayudas de Estado a las empresas que van a ser privatizadas. En todo caso, refuerza de nuevo la idea de que en su actividad económico-empresarial, el Estado (las Administraciones Públicas) debe actuar, con las salvedades que ya conocemos, en las mismas condiciones de competencia en que se encuentran las empresas privadas.

7. UNA BREVE NOTA SOBRE LAS EXIGENCIAS DE MAASTRICHT Y EL PROCESO PRIVATIZADOR. MAYOR DEFINICIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMUNITARIA. EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS LIBERALIZADORAS Y LA CONTINUIDAD DEL PRINCIPIO DE INDIFERENCIA EN RELACIÓN CON LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA. LA NO EXIGENCIA ADICIONAL DE LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA (CON EL CONTRAPUNTO DEL CONTROL DEL DÉFICIT PÚBLICO)

Para concluir el presente estudio resulta imprescindible hacer una mención, por lo demás sumamente breve, a las consecuencias que para la privatización de la empresa pública pueden derivar del Tratado de Maastricht.

El Tratado de Maastricht, firmado en esta ciudad holandesa el 7 de febrero de 1992, tiene como objetivos fundamentales la conclusión de la unión económica, monetaria y política (95). Las dos pri-

el Estado en 1980 y nuevamente privatizada el 4 de agosto de 1989, cuando las sociedades BENORBE S.A. y BENASERVICE, S.A. —controladas por un empresario italiano— adquirieron la empresa por 2.000 millones de pesetas. En el contrato de venta, la Dirección General del Patrimonio se comprometió a realizar una ampliación de capital de 5.869 millones de pesetas a pagar entre los años 1989 y 1992, de acuerdo con un plan de reconversión. En dicho plan figura un ajuste de 500 puestos de trabajo sobre una plantilla de 1.500 empleados. Vid. «El País», 23 de enero de 1992. Recientemente desde la Dirección General del Patrimonio se ha manifestado que la privatización de tales empresas «fue un error».

(93) Sobre las ayudas de HYTASA e IMEPIEL, vid. M. VARGAS-ZÚÑIGA, *Las últimas decisiones de la Comisión Europea en materia de ayudas*, en «Expansión», 11 de julio de 1992, pág. 37.

(94) Según se indica en el Boletín «Actividades del Tribunal de Justicia...» núm. 21/1992, cit., pág. 39.

(95) Sobre ello vid., entre otros trabajos, el «Estudio Preliminar» de Ricardo ALONSO

meras son las que ahora nos interesan, sin perjuicio, por supuesto, de la trascendental importancia que para el futuro de Europa tiene la tercera.

El elemento económico, el que mayores problemas planteó en la azarosa ratificación de Maastricht, tiene como meta final conseguir un efectivo mercado interior. A tal fin, en un proceso estructurado en principio en tres fases que han de concluir, en todo caso, antes del 1.º de enero de 1999, se refuerzan las medidas liberalizadoras y se rompe definitivamente con cuantas trabas puedan subsistir en relación con la efectiva implantación de las libertades comunitarias. Este esquema se mueve en el marco de unos principios económicos que refuerzan la protección y defensa de la libre competencia y se basa en los llamados criterios de convergencia, de los que el que mayor incidencia puede tener en la empresa pública es el del límite del déficit público, que se fija en el 3 por 100, como máximo, del PIB (96). Luego volveré sobre ello.

Primero interesa señalar que si Maastricht ha optado por un modelo económico particular, hay que afirmar que éste se acerca más que antes a los ideales económicos liberales. Los principios de defensa del libre mercado y de la libertad de empresa tienen, en efecto, el entero Tratado (que, sin embargo, se ve compensada con las previsiones sociales que se articulan principalmente en torno a los fondos de cohesión; la cláusula social, por tanto, ha de ser también valorada en el ámbito comunitario, principalmente a partir del Acta Unica, como ya sabemos). En este sentido puede afirmarse que la Constitución Económica Comunitaria se ha inclinado hacia opciones liberales. Pero inmediatamente debe matizarse lo anterior señalando que tal concepción tiene como objetivo no la defensa de la empresa privada frente a la iniciativa pública en la economía (por utilizar la expresión que aparece en nuestra Constitución), sino el reforzamiento, aún más que antes, frente al Estado, de las ideas de libre competencia. Los artículos 222 del Tratado CEE y 90.1, piezas clave para comprender la privatización de la empresa pública en el marco del Derecho comunitario, no han sufrido retoque alguno. De modo que podemos concluir que es posible seguir afirmando que para aquél es indiferente, en principio y con carácter general, la titularidad públi-

GARCÍA a *Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1992 y el también «Estudio Preliminar» de la obra *Tratado de la Unión Europea*, edición de Diego LÓPEZ GARRIDO, Madrid, 1992.

(96) El resto de los criterios de convergencia son: la *inflación* no puede ser mayor de 1,5 puntos sobre la media de los tres países que la tienen más baja; los *tipos de interés* no pueden superar en dos puntos la media de los tres países que los tengan más bajos; la *deuda pública* no puede exceder del 60% del PIB; la *divisa* debe mantenerse durante dos años en la *banda estrecha del Sistema Monetario Europeo* (2,25%).

ca o privada de la empresa, con tal de que sean respetadas esas reglas del juego en competencia no falseada.

De modo que, en realidad, lo que ha de exigirse es una mayor eficiencia en la empresa pública, mayor eficiencia que, por lo demás, también se va a exigir en el sector privado.

Esto significa, y debe quedar bien claro, que *no hay nada en el Tratado de Maastricht que exija directamente la privatización de la empresa pública.*

Antes, sin embargo, hice referencia a uno de los indicadores de convergencia: la contención del déficit público. Este indicador va a afectar claramente al sector público en su totalidad (97). Y sin duda va a hacer que los ojos se vuelvan hacia la empresa pública, insistiendo en la necesidad de proceder a su privatización, como presunta generadora de déficit público. Lo cual, si bien es un factor a tener en cuenta, no ha de ser acogido como verdad dogmática (ni como exigida por Maastricht) pues en España el elevado déficit público no lo es principalmente como consecuencia de los resultados de las empresas públicas, sino que deriva de otros elementos estructurales de mayor envergadura que ahora no podemos analizar (98). De hecho, en el Programa de Convergencia español sólo de forma indirecta se alude a la privatización, pero sí claramente a la necesaria modificación en la consideración y forma de operar del sector público empresarial:

«La actividad del Sector Público como proveedor directo de bienes y servicios ha exigido la canalización de cuantiosos recursos públicos a la absorción de las pérdidas generadas por dicha actividad empresarial. Por ello, el Gobierno se compromete a no aumentar el tamaño del Sector Público Empresarial y a crear el marco adecuado para que las actuales empresas públicas sean gestionadas de acuerdo con los principios de economía de mercado.

En este sentido, el Gobierno propone congelar en términos nominales durante toda la duración del Programa de Convergencia el volumen de recursos públicos canalizados hacia las empresas públicas. Este marco de restricción financiera obligará a cada una de estas empresas a mejorar sustancialmente su gestión y, si

(97) Sobre ello vid. «Papeles de Economía Española», núm. 48/1991, monográfico sobre *Sector Público y Mercado Unico*. Se echa en falta, sin embargo, un estudio específico sobre la situación de la empresa pública ante el reto de Maastricht.

(98) Desde Bruselas, sin embargo, se ha pedido a Italia un compromiso serio en relación con la privatización de las empresas públicas dado el déficit que allí generan.

esto no fuese suficiente, a redimensionar su ámbito de operaciones, o alternativamente, acudir al endeudamiento en el mercado o a la realización de parte de su patrimonio» (99).

La «realización de parte de su patrimonio» es la alusión a la posible privatización de la empresa pública, pero, como ya he señalado, a ello se alude de forma casi incidental y como alternativa en caso de que no fuesen efectivas otras medidas anteriores tendentes a mejorar sus resultados.

En conclusión, pues, ya en vigor el Tratado de Maastricht (desde el 1 de noviembre de 1993), no debería alimentarse la sensación de que la privatización de la empresa pública es ahora una necesidad incuestionable, casi una exigencia comunitaria. Más bien se deberá concluir que la empresa pública se ha de acercar todavía más al modo de hacer y actuar de la privada. Lo cual, por cierto, es admisible y aconsejable, pero sin olvidar, tampoco ahora, la (ésta sí) exigencia constitucional de que la empresa pública, como integrante del bloque de lo público, deba perseguir, ante todo, el servicio objetivo de los intereses generales.

(99) Cojo el texto del Documento *Programa de Convergencia*, Madrid, marzo de 1992, ejemplar mecanografiado, pág. 44. En torno a este documento, que se entregó a los asistentes, giró la Jornada sobre *La Europa de Maastricht: soluciones a un reto*, organizada en Toledo, 29 de junio de 1992.