

LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ULTIMAS MANIFESTACIONES. APLAUSOS Y CRITICAS

Por

SILVIA DEL SAZ CORDERO
Profesora Titular
de Derecho Administrativo de la UNED

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Origen de la aplicación del Derecho privado a la actividad de las Administraciones Públicas. Últimas manifestaciones.—3. La disputa doctrinal: Los valedores de la aplicación del Derecho privado.—4. Opiniones doctrinales contrarias a la aplicación del Derecho privado a las Administraciones Públicas.—5. Nuevos argumentos en contra de la fuga del Derecho administrativo.—6. Reacciones contra la aplicación del Derecho privado. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 17 de noviembre de 1993 y la limitación de los contratos blindados en el sector público.

1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte la cuestión de la «privatización» de la actividad de la Administración, es decir, la huida del Derecho administrativo, ocupa un lugar estelar en las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del Derecho, como demuestran los numerosos trabajos que últimamente han venido ocupándose de ello, bien para apoyar y justificar la aplicación del Derecho privado a la Administración Pública, bien para denunciar la falta de garantías que ello conlleva.

Pese a todo, el legislador, haciendo caso omiso a las reiteradas llamadas de atención de la doctrina, parece insistir en su pretensión de obviar o al menos relajar los controles y garantías que el Derecho público comporta, como demuestran el recurso al Derecho privado por la Ley de Puertos, del Consejo Económico y Social y el Anteproyecto de Ley de Contratos del Estado que consagra (en los mismos términos que el Proyecto de Ley presentado en la anterior legislatura y que decayó por la disolución anticipada de las Cortes) la exclusión de la aplicación de la Ley de Contratos y, por consiguiente, de los procedimientos de selección de contratistas a los entes públicos que sometan su actividad al Derecho privado.

No obstante, frente a quienes pretenden negar la mayor, discutiendo incluso que se haya producido una merma de garantías como

consecuencia de la aplicación indiscriminada del Derecho privado, los negativos resultados y disfunciones de esta moda jurídica ocupan la primera plana de los periódicos, como demuestran, por ejemplo, las denuncias de presuntas comisiones en la adjudicación, sin procedimiento alguno, de contratos de obra pública por la Sociedad estatal Exposevilla-92, S. A., o el escándalo de los contratos de alta dirección, coloquialmente denominados «contratos blindados» en Entes de Derecho público y sociedades mercantiles en mano pública, escándalo que ha obligado al Gobierno a aprobar un Acuerdo en el que se establecen topes máximos para las indemnizaciones por despido pactadas en los contratos de alta dirección.

Por si ello fuera poco, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993 a la que después nos referiremos, ha condenado a nuestro país por la perniciosa práctica de eximir de los procedimientos públicos de contratación, por una simple ley, los contratos que celebran determinados entes públicos, lo que habría de obligar al Gobierno a modificar el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos del Estado, cuyo proyecto habrá de aprobarse en breve.

2. ORIGEN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ÚLTIMAS MANIFESTACIONES

Como es sabido, a lo largo de los dos últimos siglos se ha ido consagrando en nuestro país, a semejanza del modelo francés, un régimen de Derecho administrativo para la actividad de la Administración, régimen, cómo no, de prerrogativas y exorbitancias en favor de la Administración pero también un régimen de garantías y cautelas del interés público frente a posibles excesos de sus administradores, cuyo real cumplimiento se encomienda prioritariamente, aunque no exclusivamente, a una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso-administrativa, que en nuestro país aparece plenamente integrada en el orden judicial (1).

Pues bien, tradicionalmente este régimen administrativo abarcaba la casi totalidad de los actos de la Administración a excepción de los que afectaban a la gestión de su patrimonio, es decir, aquellos que se entendía que la Administración realizaba como una persona privada más sin el ejercicio de prerrogativas ni soberanía; éstos eran

(1) Sobre el origen y evolución de la Jurisdicción Contencioso-administrativa véase «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, LOZANO y DEL SAZ, *Nuevas perspectivas de Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992.

los contratos privados de la Administración cuyo contenido, por versar sobre derechos civiles, normalmente se trataba de ventas de bienes desafectados del servicio o uso público, había de sujetarse al Derecho privado y cuyo control se encomendaba a la Jurisdicción ordinaria (2). Pero incluso en estos casos, toda la actividad pública de contratación debía de sujetarse a los procedimientos de selección de contratistas que, regulados por vez primera en 1852, estaban contenidos en el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 hasta que se dictó la Ley de Patrimonio del Estado (texto articulado aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964). La Administración actuaba, pues, bajo formas de personalidad jurídico-pública y con sometimiento casi pleno al Derecho administrativo.

De esta situación se ha pasado, en la actualidad, a una aplicación indiscriminada del Derecho privado que se concreta en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados (3), en la disminución de los controles y garantías para la enajenación de los bienes patrimoniales y en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y régimen

(2) Como señala R. PARADA VÁZQUEZ (*Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1962; y *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, 1993, págs. 257 y ss.), los contratos civiles de la Administración nacen, en el Derecho francés, como excepciones a la competencia de la Justicia administrativa. En efecto, el Consejo de Estado extendió inicialmente su jurisdicción sobre todos los contratos que celebraba la Administración, incluidos las ventas de bienes nacionales; así lo previene el artículo 13 del Decreto de 11 de junio de 1808, que atribuía a la justicia administrativa todas «las contestaciones o demandas relativas a los contratos realizados por los ministros, intendente de nuestra casa o en su nombre, o las obras o suministros hechos para el servicio de los departamentos respectivos». Pero posteriormente, durante la Restauración borbónica, cedió parte de sus competencias a la Jurisdicción ordinaria, cesión competencial que se articuló sobre el fundamento técnico de que en esos contratos se implicaban y discutían cuestiones de propiedad, derecho que estaba bajo la protección de los Tribunales Civiles. Surgen así, por vía de excepción, los contratos civiles de la Administración.

(3) La relajación de los controles del gasto es patente en los Organismos autónomos del Estado con actividades de carácter industrial, comercial, financiero o análogas, ya que tras la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1989 (art. 21), la función interventora sobre los citados organismos ha sido sustituida por un «control financiero permanente» respecto a la totalidad de operaciones que éstos realicen. Por otra parte, tampoco están sujetos a la intervención los demás entes del sector público, es decir, sociedades y otros entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado, ya que según el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria sobre ellos se realizará un control de carácter financiero ya ni siquiera permanente sino anual, al que se añadirá el control de eficacia, es decir, el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como del cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas. El ámbito y la forma de dichos controles fue regulado en el RD 1124/1978, de 12 de mayo, y en él se establece que el control financiero podrá referirse a la total actuación del ente o a operaciones individualizadas y concretas con especial importancia o repercusión y se ejercerá mediante el examen de cuantos documentos y antecedentes afecten al aspecto económico-financiero de los entes. El control de eficacia consistirá fundamentalmente en recabar los datos para la memoria anual a que se refiere el artículo 134 de la Ley General Presupuestaria.

de funcionarios. En resumen, esta aplicación del Derecho privado se centra sobre todo en la actividad medial o logística de la Administración, precisamente aquella que en la actualidad representa la mayor parte del gasto público. Se trata en definitiva, como ya señalé (4), de contratar sin los procedimientos y controles tradicionales, incluso a costa de renunciar a los privilegios o «prerrogativas en más» que la calificación de administrativo de los contratos de la Administración conlleva, todo ello a cambio de aprovechar un Derecho privado que hoy por hoy no cuenta con procedimientos adecuados de control en el gasto del dinero público y que permite a la Administración y sus administradores actuar con una casi total impunidad. Pero veamos brevemente cuál ha sido la evolución.

La aplicación a la Administración del Derecho privado se va poco a poco consolidando a partir de la posguerra española cuando el Estado comienza a intervenir directamente en la vida económica a fin de fomentar la alicaída actividad industrial. Y no es que antes de ello no existiera la actividad industrial del Estado, cuyas primeras manifestaciones datan ya de la Novísima Recopilación, que atribuye a los municipios funciones tales como los molinos, serrerías, explotación de salinas, etc., y ya en el siglo XVIII las Fábricas Reales, pero estas actividades y establecimientos públicos se regían por reglamentos propios de carácter administrativo. Lo que es nuevo en nuestro tiempo es la utilización de fórmulas societarias de Derecho privado, las mismas que utilizan los empresarios particulares, que se iniciará en el ámbito local durante la Dictadura de Primo de Rivera con la regulación en el Estatuto municipal de la fórmula societaria como alternativa normal a la gestión directa del Ayuntamiento (5), y ya a partir de la creación del Instituto Nacional de Industria en 1941 (6) y la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (7), se convertirá en una fórmula normal para la actividad industrial del Estado.

Esta nueva forma de actuar de la Administración a través de la creación de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público es objeto de una teorización de lujo por VILLAR PALASÍ, que, en 1950, publica su trabajo *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo* (8), en el que hace referencia a la *crisis de los con-*

(4) DEL SAZ. «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», cit., pág. 104.

(5) Esta posibilidad se generalizó posteriormente por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, cuyo artículo 89 establecía que «la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada que adoptará la forma de responsabilidad limitada o sociedad anónima».

(6) Ley de 25 de septiembre de 1941.

(7) La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 permite la constitución de sociedades de un solo socio cuando éste sea una Administración Pública.

(8) Número 3 de esta REVISTA, 1950, págs. 54 a 130.

ceptos tradicionales del Derecho administrativo, crisis que achaca a la alteración de la realidad administrativa y a la distinta consideración de los procedimientos jurídicos a utilizar por la Administración: si la actividad de producción de la Administración, hasta entonces limitada a la administración del patrimonio privado —razona este autor—, no tiene cabida en la noción de servicio público, pues es consustancial a este último el ejercicio de prerrogativas exorbitantes y la exclusividad o monopolio, debe admitirse que ésta, aun cuando persiga el interés público, sea regulada por las normas de Derecho privado. Es más, el interés público al que sirve la actividad industrial del Estado es, precisamente, el aumento de los bienes económicos, por lo que la Administración ha de entrar en el mercado junto con los empresarios particulares.

La razón de la remisión al Derecho privado de esta nueva actividad de la Administración es, en opinión de VILLAR, la inadecuación del Derecho administrativo para servir a las nuevas tareas productivas asumidas por el Estado mientras, por el contrario, la aplicación del *ius commune* supone una mayor flexibilidad a la hora de modular la gestión productiva de la Administración. La clave está en que mientras que la actuación del Derecho público se verifica según el criterio de exclusividad monopolística, la gestión económica supone una actividad en el mercado en posición de competencia con la actividad privada, por lo que mientras que el interés de la Administración se centra en el primer caso en excluir la competencia, en el otro consiste en el aumento de esa competencia, propósito que se vería mermado si la Administración interviniera en una situación de prepotencia, permitiendo una formación monopolística del mercado que redundaría en una disminución del incentivo empresarial del particular.

En definitiva, se hace necesario, señala VILLAR, a fin de poner límites a la aplicación del Derecho privado, distinguir entre la actividad industrial productora de bienes materiales a la que debe aplicarse las formas y el Derecho privado, de aquellas otras formas de actividad que se limitan a lo exclusivamente comercial o consisten en la prestación de servicios que, por aproximarse a la noción clásica del servicio público, deben someterse a los tradicionales criterios del Derecho administrativo.

Tras el reconocimiento doctrinal (9), la consagración definitiva de la actividad industrial de la Administración bajo la fórmula societaria y sujeta al Derecho privado se produce por vía legal en la Ley

(9) Véase al respecto FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, núm. 46 de esta REVISTA, 1965, págs. 95 y ss.

de Entidades Estatales Autónomas de 1958 al añadir a los tradicionales organismos autónomos una nueva categoría de entes instrumentales, la de las Empresas Nacionales, a las que definía como entidades de Derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades propiamente económicas (10).

No obstante, todavía en esta época la sujeción al Derecho común que exigía una actividad empresarial análoga a la del sector privado parecía compatible con ciertas exigencias de control y transparencia que obligaban a todo el sector público, lo que confirmó algunos años más tarde el Reglamento de Contratos del Estado de 1967, al establecer la obligación de las empresas nacionales de respetar y adjudicar los contratos que celebrasen de acuerdo con la legislación de contratos del Estado salvo que sus normas constitutivas lo prohibieran expresamente o la naturaleza del tráfico que realizaran fuera de todo punto incompatible con las reglas de aquéllas (11).

(10) Como señala S. MARTÍN-RETORTILLO (*Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, pág. 70), la LEEA es el primer resultado de los intentos de reordenación de la compleja administración institucional, con la que se trataba de poner fin, de una parte, al fenómeno ya entonces generalizado de la creación de organismos autónomos que se autonormaban con una regulación singular y distinta, derogatoria en muchos casos de la establecida con carácter general para la Administración Pública, fenómeno que fue descrito por CLAVERO ARÉVALO (*Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones públicas*, Madrid, 1962) como una *huida del Derecho administrativo general*; y de otra, para dotar de un régimen homogéneo a las empresas públicas que habían comenzado a surgir, ordenando una regulación, hasta entonces, caótica y atomizada. En cuanto a los organismos autónomos, si bien se permitía una ordenación singular de cada uno de ellos («*Salvo precepto expreso en contrario, estos organismos se regirán por sus disposiciones peculiares en cuanto estén conformes con las normas que para ellos se establecen en la presente ley*», art. 6.2 de la Ley), la LEEA sujetaba su gestión a un permanente y minucioso sistema de control e intervención por parte de la Administración del Estado, configurándose, en palabras de S. MARTÍN-RETORTILLO, un *límite o freno a la siempre buscada flexibilidad de la actividad administrativa*. De lo que se trataba era, en definitiva, de reconducir a todos los entes descentralizados a alguna de las dos categorías (organismos autónomos y sociedades estatales) y aplicarles las normas en ella previstas.

(11) Hay que tener en cuenta que si cuando se aprobó la Ley de Contabilidad y Hacienda Pública del Estado de 1911, cuyo Capítulo V contenía los procedimientos administrativos de selección de contratistas aplicables al *sector público*, no existían aún empresas públicas, no cabe decir lo mismo de la Ley de 20 de diciembre de 1952, por lo que cuando ésta, además de restablecer la aplicación formal de esta norma que había sido suspendida con ocasión de la guerra, dio una nueva redacción al citado capítulo y habilitó al Gobierno para que adaptase a las Administraciones Autónomas, sin ignorarlos, los preceptos en ella establecidos, estaba incluyendo bajo su ámbito a las empresas públicas. Esta habilitación fue, dicho sea de paso, criticada por su excesiva amplitud por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien postulaba en esta ocasión la aplicación de unos mismos procedimientos públicos de selección de contratistas a todo el sector público (*Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, núm. 10 de esta REVISTA, 1953, págs. 241 y ss.).

No obstante, el que la LEEA de 1958 obligase a los Organismos autónomos a contratar según las disposiciones de la Ley de Administración y contabilidad de la Hacienda Pública (*La contratación y ejecución directa de obras y servicios por los Organismos autónomos se acomodará a lo establecido en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la*

Pero muy distinta de la aplicación del Derecho privado a la actividad industrial del Estado a través de las empresas estatales es la creación de entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado, proceso que *inaugura el fenómeno de huida del Derecho administrativo*. Para estos nuevos entes públicos que, desde luego, no pueden ser encuadrados en la actividad industrial del Estado ya que o bien actúan en el terreno de los servicios públicos que además de ser prestados en régimen de monopolio implican la realización o utilización de obra pública, o bien son entes que ejercen verdaderas funciones públicas, quebrará también la tradicional ecuación Ente público y Derecho administrativo puesto que, por expresa previsión de su Ley reguladora, se les excluye de la aplicación de las leyes administrativas (12).

El antecedente más antiguo, el primer exponente de esta novedosa y excepcional fórmula (13), es la RENFE, creada por Ley de 24 de enero de 1941, tras nacionalizarse las concesiones ferroviarias existentes mediante su reversión anticipada al Estado. La RENFE se configuró entonces como una *entidad con personalidad de Derecho público* actuando en régimen de *empresa mercantil*, lo que implicaba que en su funcionamiento no estaría sujeta a la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 y su gestión en régimen de empresa industrial se ajustaría a las normas de Derecho privado y a los buenos usos comerciales. Así, pues, no sólo las relaciones entre la RENFE y los usuarios del servicio que ésta presta en monopolio se consideraban objeto de un contrato mercantil de transporte y se sometían, en consecuencia, al Derecho privado, sino que además todos los contratos de obras, servicios y suministros que ésta celebra y su personal, en definitiva su actividad logística, quedaba excluida sin razón alguna de los procedimientos del Derecho administrativo y remitida al Derecho privado. Sin embargo, este fenómeno, que como años más tarde señalaría BERMEJO (14) produjo un importante vacío normativo, no

Hacienda Pública y demás disposiciones aplicables al Estado, con excepciones y modificaciones que se establecen en los artículos siguientes, art. 41 de la Ley) y omitiese, sin embargo, cualquier referencia a las empresas públicas, provocó una cierta confusión que vino a resolver el Reglamento de Contratos del Estado de 1976.

(12) En palabras de F. GARRIDO FALLA (*Privatización y reprivatización*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, pág. 18), ésta constituye la segunda fase de un proceso de huida del Derecho administrativo que se manifiesta no ya en un régimen jurídico-administrativo singular sobre el que llamó la atención CLAVERO en 1962, sino un sometimiento casi total al Derecho privado.

(13) A este modelo irán poco a poco sumándose otras entidades como el Banco de España, nacionalizado por Decreto-Ley 18/1962; los Puertos Autónomos de Barcelona, Bilbao, Huelva y Valencia, etc., de forma tal que lo que se inicia como excepción se convierte algunos años después en la norma general.

(14) J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España 1844-1974 (Estudio específico de Renfe)*, Madrid, 1975, pág. 259.

sólo no fue criticado por la doctrina sino que recibió el apoyo expreso de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando, a raíz de la aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, se planteó si esta entidad había o no de reconvertirse en una empresa nacional (15).

En efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, en el Dictamen elaborado a petición del Presidente del Consejo de Administración de RENFE en orden a la elaboración del nuevo estatuto del ente público (16), publicado en el número 46 de esta REVISTA, calificaba de simplismo la concepción de la Ley de Entidades estatales autónomas que vinculaba la aplicación del Derecho privado a la forma jurídica de la sociedad anónima, y el régimen de Derecho administrativo (contabilidad pública, intervención correlativa, contratación pública, actos administrativos sometidos a recurso y fuero contencioso-administrativo, agentes funcionarios, etc.) a la forma pública de personificación. *¿Para qué convertir la RENFE en una sociedad anónima —se preguntaba— si todas las ventajas de estructura y funcionamiento propias de estas sociedades y cuantas otras reformas de cualquier carácter se crean oportunas en orden a asegurar una gestión eficaz pueden perfectamente introducirse en el status de RENFE como ente público sin que exista para ello ninguna dificultad técnica?*

En el mismo número de esta REVISTA, ARAUZ DE ROBLES (17) se apunta a esta especie de «postmodernismo jurídico» que consiste en crear nuevas figuras tomando de cada Derecho, de cada categoría de entes públicos o privados, aquello que se estima conveniente rechazando lo que no sirve a los propósitos iniciales de su creador. A propósito del régimen jurídico de los bienes de la RENFE, ARAUZ DE ROBLES afirmaba: *«se han roto los compartimientos estancos de lo público y privado y sólo residúan como notas aisladas que admiten infinidad de combinaciones las que eran facultades propias de cada uno de ellos»*, pero ya este autor advertía que la falta de respeto a los límites formales tiene el riesgo de convertir en ineficaces instituciones fundamentales para la seguridad jurídica.

Pero esta toma inicial de postura favorable a la aplicación del Derecho privado no pasó sin críticas. Así, en 1972, ARIÑO ORTIZ (18) de-

(15) Como señala S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, cit., pág. 85, la RENFE encajaba plenamente en los términos con los que el artículo 2 de la LEEA establece el concepto de organismo autónomo sin que apareciera entre las entidades exceptuadas de su aplicación que señala el artículo 5. Así pues, en su opinión, era incuestionable su inclusión en la LEEA hasta que expresamente fue exceptuada de la misma por el Decreto-Ley de 19 de julio de 1962.

(16) Este Estatuto sería aprobado por el Decreto 2170/1964. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El estatuto jurídico de la RENFE*, en el núm. 46 de esta REVISTA, 1965.

(17) S. ARAUZ DE ROBLES, *Notas sobre el régimen jurídico del patrimonio de la RENFE*, núm. 46 de esta REVISTA, 1965, pág. 321.

(18) *La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, Madrid, 1972. pág. 235.

nunciará la inadmisibilidad de un sistema que permite que se adjudiquen contratos por valor de miles de millones de pesetas sin someterse a formas de garantía y sin auténtico control externo, todo ello porque se trata de entidades distintas del Estado que requieren agilidad en su actuación que por esta razón quedan convertidos en centros de poder exentos del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho público impone. Frente a esta fuga del régimen público de la adjudicación de los contratos, ARIÑO postula la necesidad de dar a estas entidades la agilidad y flexibilidad necesarias a través de normas jurídicas solemnes que la consagren estableciendo a la vez las necesarias garantías *a posteriori*. Lo que no es admisible, en su opinión, es montar ese régimen sobre la pura exención del régimen general dando lugar a un vacío normativo del que se pretende deducir un régimen de libre decisión.

Ahondando en esta postura, J. BERMEJO VERA, en 1975 (19), rechaza la solución legal de someter al Derecho privado la actuación del ente público RENFE. Muy al contrario, en su opinión, y aun en contra del tenor literal del Decreto-Ley de 23 de julio de 1964 sobre organización y funcionamiento de la citada entidad, la adquisición y cesión de bienes debe someterse a la Ley de Patrimonio del Estado (20), y su contratación a la Ley de Contratos del Estado. Así, afirma BERMEJO, aun cuando los contratos de obras, suministros y servicios que celebra esta entidad quedan excluidos por el Estatuto de la RENFE de los procedimientos públicos de contratación que los remite a las normas de Derecho mercantil y civil, como la RENFE es un

(19) *Régimen jurídico del ferrocarril en España*, cit., págs. 293 y ss.

(20) Cuando RENFE adquiere bienes, actuación para la que aparece plenamente legitimado su Consejo de Administración por el Decreto-Ley de 1964 (art. 11), lo hace por delegación del Estado y, en consecuencia, la entrada de bienes en el patrimonio de la RENFE tiene la misma vertiente jurídico-pública que la entrada en el patrimonio del Estado: concurso público para la compraventa, recepción de legados y donaciones, herencias testamentarias, previo decreto aprobado en Consejo de Ministros, todas ellas facetas del Derecho público que, en opinión de BERMEJO (*ob. cit.*, pág. 299), son plenamente aplicables a los supuestos en que RENFE utilice sus facultades para adquirir en nombre del Estado.

Algo similar cabe decir con respecto a las enajenaciones de bienes muebles e inmuebles que realiza este ente público. En cuanto a los bienes muebles, el que el artículo 27 del Estatuto autorice al ente público para enajenar este tipo de bienes no significa que se le dote de una capacidad absoluta para llevar a cabo estas enajenaciones con sujeción a las normas de Derecho privado, bien al contrario, lo dispuesto en este artículo ha de completarse con las reglas generales de enajenación de los bienes muebles propiedad del Estado y éstas exigen entre otras cosas la celebración de subasta pública. También es aplicable, en opinión de BERMEJO VERA, la Ley de Patrimonio del Estado a las enajenaciones de bienes inmuebles, si bien es verdad, reconoce, que sucesivas leyes de presupuestos modificaron las formalidades previstas en aquella norma al exigir que el Gobierno autorizase, cualquiera que fuera su cuantía, cualquier venta o permuta de bienes inmuebles, lo que si, por una parte, facilitaba el someter a la fiscalización previa del Gobierno todas las ventas de inmuebles de RENFE, por otra parte, salvaba la exigencia de ley para la venta de inmuebles cuya valoración superase los veinte millones de pesetas que imponía la Ley de Patrimonio del Estado.

ente público y encaja, por lo tanto, en el concepto de Administración pública y sus contratos corresponden a una actividad de servicio público, les es de aplicación la Ley de Contratos del Estado y, por lo tanto, las normas que ésta contiene para los contratos de obras, servicios y suministros. Ante dos normas del mismo rango con previsiones contrarias, debe primar la posterior en el tiempo, es decir, la Ley de Contratos del Estado, y los contratos de obras, suministros y servicios que la RENFE celebre habrán, en definitiva, de adecuarse a la legislación administrativa de contratos.

Pero de nada sirvieron las llamadas de atención de la doctrina para reconducir al Derecho administrativo la actividad de estas entidades con las que no sólo se trataba de excluir de la Ley de Procedimiento Administrativo el régimen de los acuerdos de sus órganos directores y gestores, o someter a su personal al Derecho laboral o civil, sino que se pretendía también un régimen de «manos libres» en sus contratos logísticos de inversión en infraestructuras y obras públicas, contratos caracterizados de civiles con dispensa de la aplicación de las normas sobre selección de contratistas, de la publicidad y la concurrencia. De nada sirvieron, ciertamente, estas advertencias doctrinales porque el Reglamento de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, dispuso a las empresas nacionales de las reglas y procedimientos de la contratación pública, al sustituir el anterior artículo 398 que contenía una obligación estricta de observar dichos procedimientos por una Disposición transitoria segunda que, en forma de piadosa exhortación, recomendaba a las empresas nacionales actuar respetando los principios de publicidad y concurrencia.

Este proceso iniciado con la RENFE, y seguido por esta reforma del Reglamento de Contratos del Estado, recibió la bendición legal definitiva con la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, cuyo artículo 6 objetivará como una nueva categoría dentro de las sociedades estatales, las entidades de Derecho público que por ley sujetan su actividad al Derecho privado, lo que hasta entonces al menos teóricamente sólo había sido una excepción.

Desde entonces hasta hoy, esta dolosa fuga del Derecho público se ha intensificado, de un lado, con la modificación de la Ley General Presupuestaria por la Ley de Presupuestos para 1988, que crea un nuevo tipo de entes del sector público a los que se refiere como «el resto de los entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores», modelo al que responden entre otros la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (Ley 31/1990, de 27 de diciembre), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Ley de 28 de julio de 1988 de reforma del Mercado de Valores), y el ente pú-

blico Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos para 1990); también a través de la creación de sociedades públicas interpuestas, verdaderos consorcios de entes públicos en muchos casos, a los que se atribuye la gestión de las inversiones en obras públicas e infraestructuras. Es el caso de la empresa Barcelona Holding Olímpico, S. A., o la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, sociedades a quienes se ha encomendado la contratación de las obras públicas necesarias para los eventos de 1992, o de la Sociedad Estatal de Infraestructura y Equipamientos Penitenciarios, S. A., a quien se encomienda la actividad de contratación de obras y suministros destinados a los centros penitenciarios. Asimismo, como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA (21), también se han cubierto con el manto del Derecho privado y con la ausencia de controles y garantías que ello comporta, muchas de las privatizaciones acometidas por el Gobierno, que ha utilizado la técnica de la cesión de acciones del ente a privatizar a sociedades estatales a las que a su vez se habilita para su colocación en bolsas o inversores privados.

Ultimamente, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, ha creado dos nuevos entes públicos, el de «Puertos del Estado» y las Autoridades Portuarias, regidas ambas entidades de acuerdo con criterios empresariales, lo que significa que su actividad de contratación de obra y servicio público y su personal se regirá por el Derecho privado y el Derecho laboral respectivamente (22). En efecto, el ente «Puertos del Estado» es un ente público de los previstos en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con plena capacidad jurídica y patrimonio propios cuya principal misión consiste en la supervisión, administración y control de las Autoridades Portuarias.

Los actos que dicte la citada entidad en el ejercicio de las funciones públicas de gestión y utilización del dominio público, recaudación y exacción de ingresos públicos, y sanciones, son actos administrativos y quedarán sometidos al Derecho administrativo. Sin embargo, su actividad logística queda enteramente sujeta al Derecho privado; en primer lugar, su personal se rige por las normas de Derecho privado o de Derecho laboral y su régimen de retribuciones e incompatibilidades será el establecido con carácter general para las so-

(21) *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 6.ª ed., Madrid, 1993, pág. 388.

(22) De nuevo es el principio de eficacia el que justifica la nueva organización portuaria, al que se refiere la Exposición de Motivos: «*la exigencia creciente de que se consiga una gestión desburocratizada y eficaz de los puertos, a lo que se pretende dar respuesta desde esta Ley, dotando al conjunto del sistema portuario español que depende de la Administración del Estado, de un marco institucional adecuado que permita lograr los niveles deseados de eficacia en la gestión y prestación de los servicios portuarios demandados*».

ciudades estatales. Se pretende mediante esta fórmula, como pone de relieve la Exposición de Motivos, establecer un régimen singular y diferente del propio de la Función Pública que permita *incorporar personal con experiencia en la gestión empresarial* y profesionales de diferente formación, por lo que parece imprescindible, continúa, *abrirse al mercado laboral sin las limitaciones que para este tipo de especializaciones puede significar el tener que ceñirse a las normas reguladoras de la función pública*. Esta huida al Derecho privado pretende suavizarse con la exigencia de que la selección de personal se haga de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad y, a excepción del personal directivo o de confianza, mediante convocatoria pública. Esta afirmación, no obstante, corresponde a una simple operación de estética que pretende no hacer tan ostensible lo que por sí mismo lo es, ya que de nada sirve afirmar el principio de mérito y capacidad si no se acompaña del procedimiento adecuado, que permita el control jurisdiccional posterior, y porque los contratos laborales otorgados con infracción de dichos principios difícilmente serán anulados por el Juez de lo social.

Algo similar podría decirse del resto de la actividad de contratación del ente público al que, por expreso mandato legal, no son aplicables las reglas contenidas en la Ley de Contratos del Estado, lo que convierte en una simple declaración de principios o de meras intenciones sin sanción jurídica adecuada la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público (art. 24.2) (23).

Este mismo esquema ha sido reproducido para las denominadas Autoridades Portuarias, también entidades del artículo 6.5 de la LGP, cuya actividad de contratación de obra pública y servicio público (con lo que ello significa de pérdida de las prerrogativas en más que lleva aparejado la calificación pública de los contratos) y la adquisición de bienes se someten al Derecho privado. De la misma forma, aun cuando muchas de las funciones públicas que tienen encomendadas revisten una especial importancia (aprobación de los reglamentos de policía portuaria, otorgamiento de concesiones y autorizaciones), su personal es privado, y queda excluido en los tér-

(23) La falta de unos procedimientos públicos reglados para la adjudicación de los contratos que celebra este ente público se pone de manifiesto por la propia Ley, la cual, al regular los contratos de servicios portuarios, y con la intención de que éstos se sujeten a unos procedimientos públicos de adjudicación, establece expresamente para los contratos que se celebren por la Autoridad portuaria para prestación por gestión indirecta de los servicios portuarios que se sujeten al ordenamiento privado *«excepto en lo que se refiere a los aspectos que garanticen la publicidad y la concurrencia en su preparación y adjudicación, que se ajustarán a los criterios que dicte Puertos del Estado y, en su defecto, a los contenidos en la legislación de contratos del Estado»*.

minos antes expuestos de la aplicación de la legislación de la función pública.

Manifestación recienteísima de la aplicación del Derecho privado a las Administraciones Públicas es el nuevo Estatuto de la RENFE, aprobado por Real Decreto de 28 de enero de 1994 («BOE» de 11 de febrero de 1994), que en su artículo primero sigue definiendo a esta entidad como «entidad de Derecho público que, actuando en régimen de empresa mercantil, ajusta su actividad al ordenamiento jurídico-privado». Como sociedad estatal del artículo 6.1.b) de la LGP la RENFE sólo está sujeta a los preceptos de dicha ley, a los de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres y a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común cuando ejerza potestades administrativas y, además, a la normativa comunitaria en vigor, omitiéndose cualquier mención a la Ley de Contratos y a la Ley de Patrimonio del Estado.

En efecto, ninguna referencia puede encontrarse en todo el Estatuto al régimen de contratación de esta entidad, a excepción de la atribución de esta competencia al Consejo de Administración del ente, entre cuyas funciones figura la de «aprobar los acuerdos, pactos y convenios y contratos que considere convenientes o necesarios para la realización del objeto social, incluyendo los de adquisición y enajenación de inmuebles y constitución de derechos reales» —art. 17.i)—, silencio que no puede achacarse a un simple olvido sino que, muy al contrario, parece ser debido al intento de evitar, una vez más, la aplicación de la Ley de Contratos del Estado y de los procedimientos de selección de contratistas que ésta contiene.

En cuanto a su personal, se rige por el Derecho laboral y su selección, dice el Estatuto, se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito e igualdad y, con excepción del personal directivo, mediante convocatoria pública (art. 56). No se establecen, sin embargo, procedimientos reglados para la selección del personal, lo que unido a la competencia exclusiva de la jurisdicción social sobre los contratos que celebre esta entidad, convierte una vez más en una simple declaración de buenas intenciones, sin sanción judicial alguna, los derechos y principios reconocidos en la Constitución.

Se presenta, por último, como novedad de este Estatuto una curiosa fórmula que permite a la RENFE, aun siendo una entidad de Derecho público, actuar como una verdadera sociedad estatal burlando así la exigencia de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de que las potestades administrativas sean ejercitadas por personas jurídico-públicas. Y es que el artículo 5 del Estatuto permite que las unidades orgánicas en que se estructura la RENFE puedan ser sustituidas, cuando existan razones que lo justifiquen,

por entidades dotadas de personalidad jurídica que adoptarán forma societaria, sin más requisito que la autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente.

La aplicación del Derecho privado ha llegado incluso a un órgano constitucional de naturaleza consultiva, cuya actividad nada tiene que ver con la prestación de un servicio público o con la actividad empresarial y productiva de la Administración, como es el Consejo Económico y Social, regulado por la Ley 2/1991, de 17 de junio, cuyo único objeto consiste en la emisión de informes y dictámenes. Este órgano se ha constituido como un ente público del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, lo que permite que su actividad de contratación se someta al Derecho privado (art. 2), y que su personal escape del régimen de función pública para someterse al Derecho laboral (art. 9.4).

Y para terminar de cerrar del todo el círculo y excluir definitivamente a las entidades de Derecho público y Sociedades mercantiles interpuestas dedicadas exclusivamente a la contratación con dinero público de la normativa pública sobre contratación, el Anteproyecto de Ley de Contratos prevé en su artículo primero, destinado a regular el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, que sus prescripciones sólo serán aplicables a los contratos que celebre la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas, Entidades locales y Organismos Autónomos de unas y otras y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas en la medida en que dicha actividad no esté sujeta al Derecho privado. Sin embargo, la actividad contractual de los demás entes del sector público (sociedades estatales) basta con que se ajuste a los principios de la ley, en particular a los de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ellos (24).

Pues bien, de aprobarse esta redacción, se habrá consagrado definitivamente la fuga del Derecho administrativo puesto que bastará con crear entidades públicas o sociedades mercantiles que sujeten su actividad al Derecho privado para evitar la aplicación de la normativa pública sobre contratación no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos.

Por último, no podemos cerrar esta, por desgracia, dilatada descripción del fenómeno de la huida al Derecho privado sin hacer una

(24) Disposición Adicional sexta del Anteproyecto.

breve referencia al régimen patrimonial de los nuevos entes instrumentales, en el que luce, una vez más, la falta de garantías y controles en que desemboca la inaplicación de los procedimientos públicos para la enajenación de sus bienes. Tradicionalmente, la protección de los bienes públicos se ha consagrado sobre dos principios fundamentales: la prohibición de la venta de los bienes públicos sin autorización legal recogida en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 (25) y la exigencia de que la venta se sujetase a los procedimientos públicos de contratación regulados primero en el Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, que enlaza con una muy antigua tradición en nuestro Derecho que consistía en acudir a la subasta como fórmula ordinaria para el arrendamiento de rentas, y cualesquiera otros contratos en los que participaba el Monarca o los Concejos (26), y más tarde contenidos en el citado capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública. Por ello tanto la enajenación de bienes sobrantes, como la venta de sectores enteros de bienes públicos que respondían a las políticas desamortizadoras de la época, se realizaron en pública subasta, garantizándose así la obtención del precio más ventajoso y asegurando la igualdad de oportunidades entre los compradores.

Pues bien, si la regla de la inalienabilidad se relajó en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 que sólo exigía autorización legal para las ventas de bienes inmuebles cuyo valor superase los veinte millones de pesetas (27), la obligación de seguir en las ventas los procedimientos públicos de contratación sufrió su primer revés en la

(25) Como señala PARADA, *Derecho administrativo. Bienes Públicos y urbanismo*, Madrid, 1993, pág. 93, esta regla nació por la necesidad de proteger al patrimonio público frente a las prodigalidades reales, cuyo despilfarro habría de repercutir en un aumento de impuestos. Véase también CLAVERO AREVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo*, Madrid, 1974.

(26) Así, por ejemplo, la Ley XVI, Título XX, Libro VI, establecía que «*la exacción de los derechos que se impongan con Real aprobación en el tránsito de puentes, puertos, caídas y demás pasages donde corresponda, debe arrendarse en subasta pública en el mejor postor, luego que por administración se haya averiguado su importe*».

También la subasta era el procedimiento normal para la adjudicación de rentas e impuestos; así, la Ley IV, Título XV, Libro VII, preveía que «*quando los bienes, Propios y rentas de las ciudades, villas y lugares de nuestros Reynos se hobieren de arrendar, mandamos, que sea señalado día cierto por el Concejo por pregón público, quando el arrendamiento se ha de hacer y rematar, pregonándolo por nueve días, señalando después para el día el remate; y se rematen en aquel que mayores precios diere, con tanto que no se arriende ni remate en las personas prohibidas por la Ley 7.tit.9. de este libro*».

(27) La competencia para la autorización de las ventas de inmuebles por debajo de cinco millones se atribuyó al Ministro de Hacienda, mientras que entre cinco y veinte correspondía al Gobierno. Posteriormente estos límites fueron elevándose con carácter general para todos los bienes públicos por las leyes de presupuestos generales del Estado (Ley 21/1986, de 23 de diciembre, y Ley 33/1987, de 23 de diciembre).

propia Ley de Patrimonio del Estado al permitir que el Gobierno autorizase la adjudicación directa (28). Con ello no sólo se rompía la unidad de los procedimientos públicos para la selección de los contratistas en los contratos privados y públicos de la Administración (en adelante se aplicaría la LPE para los contratos que afectan a los bienes y la LCE para los demás contratos), sino que se abría el camino a la discrecionalidad administrativa que después se amplió a través de la Ley 21/1986 que, modificando determinados artículos del Reglamento del Patrimonio del Estado, extendió los supuestos de contratación directa dentro del límite de valoración de los mil millones de pesetas a «*cuando por razones excepcionales resulte más aconsejable para los intereses del Estado la enajenación directa*».

Pero la cosa no quedaría aquí, y poco a poco las cautelas para la enajenación de bienes inmuebles del Estado han terminado por desaparecer. En efecto, nada queda ya de la regla de la autorización legal para la venta de bienes del Estado desde la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, que la ha suprimido sustituyéndola por la medida, mucho menos efectiva, prácticamente irrisoria, de la autorización del Gobierno para las ventas de bienes inmuebles por encima de los tres mil millones de pesetas, y por debajo de esta cifra por la del Ministerio de Hacienda.

En cuanto a los procedimientos públicos de adjudicación de los contratos de venta de inmuebles han perdido su razón de ser dado que el Consejo de Ministros puede autorizar discrecionalmente la adjudicación directa, autorización que desde la Ley 4/1990, de 29 de junio, ni siquiera corresponde ya al Consejo de Ministros sino al Ministro de Hacienda cuando su valor no exceda de los dos mil millones de pesetas.

Aun así, no es sólo que el régimen del patrimonio público haya sufrido una paulatina desaparición de las garantías ancestrales, lo cual es predicable de todos los bienes públicos incluidos los de la Administración territorial, sino que, además, la utilización de entes instrumentales y, a través de ellos, la aplicación del Derecho privado ha aumentado aún más si cabe esta desprotección de los bienes (29). Así, por ejemplo, como señala GARRIDO FALLA (30), la Ley 31/1990,

(28) Según el artículo 63, «*la enajenación de los inmuebles se realizará mediante subasta pública salvo cuando el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, acuerde su enajenación directa*».

(29) Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso de Derecho administrativo*, cit., pág. 388), la Gerencia de Infraestructuras de la Defensa que maneja el fondo inmobiliario procedente de cuarteles, la RENFE, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS) están siendo eximidos de las formalidades que para la enajenación de inmuebles establece la Ley de Patrimonio del Estado.

(30) *Privatización y reprivatización*, cit., págs. 7 y ss.

de 27 de diciembre, de presupuestos del Estado para 1991, transforma a Correos en un organismo autónomo de carácter comercial o industrial a quien la ley autoriza para adquirir, poseer y arrendar y enajenar bienes de cualquier clase sin que sea aplicable el artículo 84 de la Ley de Patrimonio, precepto que, a modo de garantía, impide a los Organismos Autónomos disponer de sus bienes ya que *los bienes inmuebles propiedad de los Organismos autónomos que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines se incorporarán al patrimonio del Estado.*

Por otra parte, la antes mencionada Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, parece eximir al ente público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias de la aplicación de la Ley de Patrimonio, ya que les permite la enajenación de bienes inmuebles sin más formalidad que la autorización del Consejo de Ministros cuando su valor supere los tres mil millones de pesetas (por debajo de esa cantidad se les exime de la preceptiva autorización del Ministerio de Hacienda), omitiéndose cualquier referencia al procedimiento a seguir para la preparación y adjudicación de los contratos de venta de dichos bienes. Y lo mismo cabe decir de los bienes muebles que podrán ser enajenados sin necesidad de previa desafectación y sin el procedimiento previo regulado en la Ley de Patrimonio del Estado (arts. 31 y 49).

Asimismo, el nuevo Estatuto de la RENFE, omite cualquier alusión a la Ley de Patrimonio del Estado en relación al régimen de las transmisiones patrimoniales de esta entidad ya que, su artículo 35, se limita a afirmar que la RENFE tiene *la libre disposición de los bienes que se integran en su patrimonio*, sin ninguna alusión al procedimiento a seguir para ello, autorizando al Consejo de Administración del ente para acordar, sin necesidad de desafectación expresa, la enajenación de los bienes muebles.

En definitiva, la aplicación de Derecho privado al patrimonio del Estado ha supuesto con la derogación de la regla de la inalienabilidad por el ejecutivo y la inaplicación de la subasta, la caída de todo el sistema protector de los bienes de los Entes públicos que se pueden enajenar por la clase política con la misma libertad que para vender los bienes propios.

3. LA DISPUTA DOCTRINAL: LOS VALEDORES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La doctrina actual está conforme con la idea de que la Administración, sea cual sea su *veste* o forma de personificación, habrá de

sujetarse a una serie de principios establecidos por la propia Constitución. La cuestión estriba, sin embargo, en determinar si la aplicación del Derecho privado a través de la creación de entes instrumentales, so pretexto de conseguir una mayor eficacia en su actuación, constituye o no un intento de huir de los procedimientos y principios que han de regir la actuación pública con una consiguiente merma de garantías, en palabras de SALA ARQUER (31), si la huida del Derecho administrativo es además una «huida del Derecho».

Algunos autores, los menos, se han erigido en defensores de la aplicación a la Administración del Derecho privado en los términos que se han relatado en el epígrafe anterior, porque entienden que las técnicas de actuación de los particulares y empresarios privados permiten a la Administración actuar con una flexibilidad y eficacia que impiden los procedimientos públicos, sin que ello redunde, en su opinión, en una merma de los controles que necesariamente deben darse sobre su actividad y sobre el gasto público ni repercuta en una pérdida de garantías de los ciudadanos.

Así, para BORRAJO INIESTA (32), la aplicación del Derecho civil, laboral o mercantil no supone dejar en total y absoluta libertad a la Administración puesto que los mecanismos de control son distintos o desacostumbrados pero en absoluto inexistentes. La normativa que resulta aplicable a los entes administrativos no es, en definitiva, la que consagra la libertad del propietario sino la que *sujeta a los administradores de intereses ajenos*, pues la autonomía de la voluntad —afirma— se encuentra en el Derecho civil de nuestros días condicionada por la jurisprudencia que interpreta en términos amplios las normas de *ius cogens* que limitan la libertad individual (prohibición de cláusulas desequilibradas en los contratos o contrarias a la buena fe) a fin de favorecer la protección de empleados y consumidores y usuarios.

De otro lado, afirma BORRAJO, la Constitución española impone al actuar de la Administración una serie de deberes que vinculan su actuación, sea cual sea la forma de personificación, incluso cuando actúa bajo fórmulas estrictamente mercantiles, exigencia que ha sido confirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional (33). Tampon-

(31) *Huida al Derecho privado y huida de Derecho*, en «REDA», núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.

(32) *El intento de huir del Derecho administrativo*, en «REDA», núm. 78, 1993, págs. 233 a 249.

(33) Son tres las sentencias del Tribunal Constitucional citadas por BORRAJO. La STC 35/1983, de 11 de mayo, que resolvía un recurso de amparo interpuesto contra una sociedad pública rechazando que el carácter de ente privado de la entidad pudiera desvincularle del respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución la aplicación del Derecho privado. En la misma línea, la STC 161/1991, de 18 de julio, otorgó el

co al alcance y efectividad de los preceptos del Derecho comunitario europeo que impone límites a la contratación de obras y suministros, al empleo de ciudadanos comunitarios, a las prácticas en concurrencia con otras empresas, las ayudas y subvenciones, etc., puede quedar al albur de las diferencias legislativas establecidas en los Estados miembros, por lo que deberá aplicarse a las Administraciones de cada Estado, con independencia de la personificación pública o privada, de que las administraciones actúen directamente o a través de entes instrumentales o de que su actuación se desenvuelva bajo normas de Derecho público o privado.

Como consecuencia de lo dicho, entiende BORRAJO que la huida del Derecho administrativo no puede equipararse a la huida del Derecho y ni siquiera a la huida del Derecho público. Este fenómeno de huida conduce, a su juicio, a la elaboración jurisprudencial de un nuevo Derecho privado adecuado a las Administraciones Públicas, que les obligue a actuar sujetas a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, la Jurisprudencia laboral ya habría reaccionado «inaplicando», como reconoce el propio autor, las previsiones de la legislación laboral, aproximando, por ejemplo, los contratos laborales a los contratos administrativos al negarse a sancionar en los mismos términos que corresponderían a la empresa privada la contratación irregular, o al respaldar los techos salariales impuestos al personal laboral del sector público, techos que, como veremos, pueden ser superados a través de la figura del contrato de alta dirección. Asimismo, continúa este autor, el Derecho privado contiene mecanismos que limitan la libertad de las empresas

amparo a unos médicos del Instituto Catalán de la Salud al entender que cuando el empresario es la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho y con interdicción expresa de la arbitrariedad, y la STC 14/1986, de 31 de enero, declaró inconstitucionales los preceptos de una ley vasca que había regulado un nuevo tipo de sociedad pública especial por entender que vulneraba el artículo 149.1.18 de la Constitución. No obstante, lo que en el trabajo de BORRAJO se hace pasar por conclusión irrefutable no lo es ni mucho menos, como demuestra SALA ARQUER (*Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, cit., pág. 409), quien, al comentar la primera de las sentencias citadas, pone en duda la vinculación de las sociedades mercantiles públicas a los derechos fundamentales. Es más, dice este autor, el hecho de que el TC extendiera la calificación de poder público a TVE, S. A., a efectos de la interposición del recurso de amparo, no debe ser objeto de una interpretación extensiva, sacándola del contexto al que el Tribunal la circunscribe. Esta entidad de Derecho público, *holding* a su vez de varias sociedades instrumentales, presta un servicio público organizado en el ámbito de un derecho fundamental que es lo que justifica la solución del Tribunal, sin que ello suponga la aceptación de la tesis de la vinculación de las empresas mercantiles estatales a los derechos fundamentales, incluido el principio de igualdad. Una vez más, conviene distinguir entre las empresas monopolísticas gestoras de servicios públicos en las que el principio de igualdad viene exigido por el propio servicio público y las empresas sometidas a un régimen de concurrencia en las que plantear la vigencia de los derechos fundamentales daría lugar a unos problemas irresolubles tanto desde el punto de vista dogmático como práctico, problemas que afectarían a la propia naturaleza y finalidad de la empresa.

de cara a los consumidores a quienes deben prestar unos servicios en condiciones de seguridad, precio, calidad y garantía. No obstante, dice BORRAJO, el reducto de la libertad empresarial privada sigue siendo el de sus relaciones con otros empresarios, especialmente el de sus proveedores de suministros, obras y servicios, donde incide claramente la no sujeción a la Ley de Contratos del Estado, aun cuando los supuestos de mayor envergadura se encuentran sometidos a las directivas comunitarias y a los principios de transparencia e igualdad de trato que de ellas dimanar, siendo así que sólo quedarían excluidos los contratos inferiores al umbral comunitario para los que siempre podría argüirse el principio de igualdad del artículo 14 de la CE. Para terminar esta argumentación, BORRAJO hace referencia a la responsabilidad penal en que pueden incurrir todos aquellos que manejan fondos públicos bien a través de la figura de la malversación de fondos públicos o de apropiación indebida; es verdad, razona, que el Derecho privado permite a la Administración un mayor margen de libertad, pero la libertad va siempre acompañada de la responsabilidad laboral o civil de los administradores y la interposición de querrelas criminales.

Llegados a este punto, sólo cabe en su opinión una última conclusión: si los principios de la actuación administrativa pueden ser garantizados por el Derecho laboral, mercantil o civil, no será necesariamente la Jurisdicción contencioso-administrativa la única capaz de garantizar su efectividad, ello quedará al albur del legislador que goza de total libertad para establecer las normas de competencia y procedimiento de los diferentes órdenes judiciales. Además, recuerda, nunca la jurisdicción contenciosa ha tenido el monopolio del control de la actividad administrativa sobre la que también tienen competencia los tribunales laborales (actividad prestacional de la Seguridad Social) o penales (delitos y faltas cometidos por los funcionarios y empleados públicos) (34).

En defensa también de la aplicación del Derecho privado a la contratación de obra pública, actividad que tradicionalmente había pertenecido al ámbito del Derecho administrativo, ha consumido un

(34) Contra esta última afirmación GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1993, 6.ª ed., pág. 390) apuesta por la competencia de los tribunales contencioso-administrativos invocando la fuerza de los hechos; el juez ordinario —dice textualmente— no parece capaz de imponer la observancia de los deberes constitucionales porque se trata de un campo que no es en el que se mueve ordinariamente y cuyos efectos sobre el tráfico jurídico-privado de base no resultarían de discernimiento fácil. El juez ordinario está habituado a aplicar la doctrina del levantamiento del velo que permite localizar al titular real por debajo de la vestidura de una personificación jurídica abusiva con la que se pretende defraudar la ley o los terceros; pero parece evidente que es el juez contencioso el que podrá imponer el cumplimiento de estos deberes.

turno E. MALARET GARCÍA (35). Esta autora toma como caso testigo el de HOLSA, S. A., sociedad mercantil de capital íntegramente público a la que se encomendó la contratación de las obras e infraestructuras de los Juegos Olímpicos de 1992. De esta forma, un objeto como la contratación de obra pública que ha supuesto un gasto de miles de millones de los presupuestos públicos, consigue evadir la aplicación del Derecho público mediante el sencillo procedimiento de crear una sociedad instrumental que sujeta enteramente su actividad al Derecho privado.

No puede decirse, sin embargo, en opinión de MALARET, que haya existido una infracción legal ya que, según argumenta esta autora, la legislación de contratos sólo obliga a que la obra pública se contrate de acuerdo con las normas del Derecho administrativo cuando uno de los contratantes sea una Administración Pública, y como HOLSA es un ente público pero disfrazado de Sociedad Anónima, pues no hay problema. Por otra parte, advierte, como sólo el ejercicio de potestades públicas está por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común reservado a las entidades públicas, nada impide que la Administración, renunciando a sus prerrogativas y desde un plano de igualdad con los particulares, contrate obra pública a través de contratos de Derecho privado, especialmente si se incorporan al contrato privado, como al parecer ha sido el caso en la mayoría de los contratos suscritos por HOLSA, las técnicas preventivas que garantizan el cumplimiento de la obligación del cocontratante.

Como afirma MALARET, y a pesar de haber utilizado el contrato privado, la Administración así disfrazada ha conseguido la azaña de reforzar su posición frente al contratista mediante la inclusión entre las cláusulas contractuales de las «*prerrogativas en más*» propias de los contratos administrativos (dirección, inspección, control, interpretación unilateral, y modificación del objeto), con la única diferencia de que ahora dichas prerrogativas tienen un origen convencional y su alcance deberá enjuiciarse a la luz de los principios que rigen la contratación en masa, en especial los de conmutatividad y la buena fe. A ello hay que añadir la ventaja que supone a su juicio que, por tratarse de contratos privados, se hayan podido incluir en su clausulado penalizaciones económicas idénticas a las utilizadas en la con-

(35) *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993, pág. 70.

Muy parecido es, casualmente, el título del libro de S. MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado en el Mercado europeo de televisión*, Madrid, 1993, aun cuando en éste no se aborda la problemática de la aplicación del Derecho privado sino la privatización del servicio público de televisión en la Comunidad Económica Europea, y el régimen jurídico resultante de las empresas públicas y privadas prestatarias del servicio.

tratación privada, las denominadas «*penas convencionales*», mucho más efectivas que las clásicas prerrogativas administrativas. En definitiva, los contratos de obra de los Juegos Olímpicos han seguido en la práctica el modelo de la Ley de Contratos del Estado y de su Reglamento al que se han añadido determinadas prácticas de la contratación de obra civil, lo que confirma, concluye MALARET, que las reglas de fondo del contrato administrativo y civil son las mismas, especialmente si se considera que los poderes de la Administración no son en sí mismos exorbitantes puesto que pueden encontrarse en los contratos civiles y lo que puede convertirlos en excepcionales son las condiciones de su ejercicio (carácter discrecional, ausencia de preaviso y exclusión de indemnización).

Según esta nueva visión, a pesar de ser contratos privados los contratos de obra pública de los Juegos Olímpicos, se han cumplido los principios de publicidad y concurrencia en los procesos de selección de contratistas, principios que entiende MALARET deben imponerse con independencia del tipo de personificación adoptada y el régimen aplicable a los contratos, a fin de garantizar la igualdad para los particulares y la obtención de las condiciones más ventajosas para el interés público. Al fin y al cabo, admite, por tratarse de obras realizadas por encargo de la Administración y destinadas a un fin de interés público, hay obligación de introducir algunas modulaciones en el régimen privado de los contratos, modulaciones que consisten en la vinculación a los derechos fundamentales de los ciudadanos y las reglas y principios construidos al servicio de los mismos.

Estas tesis de BORRAJO y MALARET me parecen desacertadas y criticables, pero antes de formular esta crítica y para su mejor comprensión, es conveniente analizar las reacciones doctrinales contrarias a la huida al Derecho privado y a quienes se presentan como sus defensores.

4. OPINIONES DOCTRINALES CONTRARIAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En efecto, no son pocos los autores que expresan su inquietud ante este fenómeno de huida de Derecho administrativo y que se oponen a tan novedosas tesis, reafirmando por el contrario en la creencia tradicional de que *la garantía de los principios* a que, por imperativo constitucional, debe sujetarse la actividad de la Administración *pasa necesariamente por aplicar el Derecho público* y terminar

con la creación interesada de entes instrumentales, con forma pública o privada, sujetos al Derecho privado.

Así, S. MARTÍN-RETORTILLO (36) hace un certero diagnóstico de la «enfermedad» privatista llamando la atención sobre el proceso acelerado de creación de sociedades mercantiles públicas: *«en todo caso hay que ser muy conscientes de que, en principio, las empresas públicas en veste de Administraciones Públicas no son institucionalmente más eficaces, no funcionan mejor, no son más flexibles que los órganos de la Administración. Porque cuando esta flexibilidad se ha alcanzado lo ha sido cuarteando principios sustantivos del Estado de Derecho. ¿Se ha pensado lo que significa eludir en las inversiones que la Administración debe llevar a cabo las garantías que supone el sistema de contratación administrativa porque aquéllas se realicen a través de una empresa pública con forma mercantil? ¿O lo que supone excluir la actividad de estas empresas del control de la jurisdicción contenciosa? ¿O excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la CE establece preceptivamente para la de los funcionarios públicos?»*. Y termina insistiendo en la incapacidad de nuestro sistema jurisdiccional para controlar la actuación de las Administraciones Públicas que actúan como particulares, ya que *«resultan difícilmente aplicables procedimientos como los de los actos separables o los de la teoría de los grados que de una u otra forma pretenden salvaguardar las garantías jurisdiccionales, lo que obliga a perseguir la resolución que administrativamente estos comportamientos sustantivamente públicos que lleven a cabo entidades mercantiles a través de procedimientos de actuación jurídico-privados»*.

Este recelo es compartido por VILLAR PALASÍ (37), quien, al abordar incidentalmente esta cuestión, denuncia la que, en su opinión, resulta ser la intención oculta del legislador: el poner fin a la fuga de cerebros hacia la empresa privada, compitiendo con ella en retribuciones y poniendo fin al techo retributivo del sector público. También JIMÉNEZ DE CISNEROS (38) adivina un propósito no muy loable tras la huida del Derecho administrativo, el deseo de evadir los controles presupuestarios que implican la sustracción a las Cámaras del control jurídico y político sobre la aprobación de los presupuestos de estas entidades de Derecho público que como sociedades estatales se contentan con elaborar un Programa de Actuación, inversiones o fi-

(36) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 133 y ss.

(37) «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», Congreso sobre Administración Institucional en *Homenaje al Profesor CLAVERO AREVALO*, Sevilla, 1991.

(38) *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987, pág. 349.

nanciación que es aprobado por el Gobierno. Consecuencia de ello es no sólo la quiebra del principio de universalidad presupuestaria, sino además la evasión del control del Parlamento sobre el gasto público mediante la simple técnica de acudir a someter al Poder Público a un régimen de Derecho privado.

En esta misma línea de pensamiento, SORIANO GARCÍA (39) pone de manifiesto cómo lo característico de la nueva regulación es introducir enormes dosis de confusión y desorientación que impiden conocer dónde comienza y acaba el Derecho público y el privado; desorientación que no resulta en su opinión inocente pues «*responde a los propios intereses del poder y de los prebendados del poder, de quienes participan en él haciendo del interés general su interés propio. O lo que es lo mismo, del interés propio el interés general*» (40).

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA (41) recuerda que la Constitución impone deberes a los poderes públicos que ninguna norma puede excluir por el procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes. Las personificaciones para actuar en régimen de Derecho privado, sólo pueden justificarse, continúa este autor, cuando la Administración pretende actuar en el mercado libre y a nivel de los demás empresarios, ejercitando un tráfico en masa de carácter mercantil, y ni el legislador ni la Administración pueden en cualquier caso dispensar a una organización inequívocamente pública por su origen y financiación de las vinculaciones que la Constitución impone. Mientras que el empresario privado goza de una total libertad sobre su patrimonio, los poderes públicos carecen de ella porque tienen expresamente proscrita la actuación arbitraria, porque tienen la obligación de promover la igualdad y la libertad del individuo, porque están sometidos al derecho presupuestario y a la censura del Tribunal de Cuentas, porque manejan fondos públicos además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, imparciali-

(39) J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Boleña, 1993, págs. 4 y ss.

(40) Para ilustrar esta afirmación cita este autor el ejemplo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que considera un fraude al Estado de Derecho, si por fraude se entiende el evadirse de la ley como parámetro de actuación de la cosa pública. Tanto la Hacienda como la Justicia, los asuntos exteriores y el Ejército son en su opinión elementos constitutivos del Estado, sufragados por los ciudadanos, y todos ellos y sólo ellos deben quedar en un régimen exquisitamente público, lo que supone no encomendarlos a personas privadas y para su propio beneficio o impide la creación de regímenes jurídicos intermedios en los que se ostente el poder público para imponerse a todos los ciudadanos y utilizar sistemas privados en todo lo que beneficie al prebendado.

(41) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit., pág. 389.

dad, a servir los intereses generales, porque han de someterse a ciertos principios de Derecho administrativo y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican.

Y tras el diagnóstico, todos coinciden en que la medicina adecuada no puede ser en ningún caso la aplicación generalizada del Derecho privado sino más bien, como dice VILLAR PALASÍ, una reforma puntual del ordenamiento para poner fin a las disfunciones que han provocado este fenómeno, especialmente a la fuga de los mejores empresarios y cabezas al sector privado. Abundando en esta postura S. MARTÍN-RETORTILLO recomienda que, más que desechar lo que evidentemente no sirve —los sistemas de actuación jurídico-administrativos— y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar, habría que incidir en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real.

No muy distinta es la solución propuesta por GARRIDO FALLA (42): recuperar la identidad entre forma de personificación y régimen jurídico aplicable, para lo que habría que suprimir la categoría de los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado y reconducir la mayoría de los que hoy se ajustan a esa fórmula a los organismos autónomos, limitando la aplicación del Derecho privado a las entidades constituidas en forma societaria, lo que origina una nueva cuestión, la de precisar qué actividades o servicios públicos justifican la creación de una sociedad mercantil.

SALA ARQUER (43) comparte este último planteamiento e insiste en señalar que la proliferación de entes públicos sujetos al Derecho privado es el resultado de una utilización instrumental y táctica del Derecho mercantil que les permite *disfrutar de las ventajas del ordenamiento público y del privado sin tener que soportar sus inconvenientes* (44). No es, pues, casualidad que muchas de estas entidades sean verdaderas autoridades administrativas que ejercen funciones públicas o entidades cuyo único objeto es la distribución de ayudas públicas. El fin de esta huida del Derecho debe pasar, y en ello coincide con GARRIDO FALLA, por la reordenación de la tipología y régimen de las empresas públicas impidiendo que el legislador o la propia Administración manejen a su antojo las categorías jurídicas y configuren

(42) GARRIDO FALLA, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, en «REDA», núm. 79, 1993, págs. 389 y ss.

(43) SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en «REDA», núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.

(44) Hay que tener en cuenta, razona este autor, que la forma pública de estas entidades normalmente vinculada a un monopolio *de iure* o *de facto*, permite liberarles de los controles y garantías que comporta el Derecho mercantil (represión de la competencia desleal, abuso de posición dominante, etc.).

arbitrariamente el estatuto de los distintos organismos prescindiendo de las características de la actividad que desempeñan y de los fines que persiguen.

Sería necesario, en definitiva, según esta opinión compartida, revisar la categoría de las entidades de Derecho público, encuadrándolas entre los Organismos Autónomos sin perjuicio de que una parte de su actividad, delimitada por la Ley, quede sometida al Derecho privado, con lo que se salvaguardarían para el Derecho público los procedimientos de preparación de los contratos y selección de contratistas. Asimismo habría que excluir de este tipo aquellos supuestos cuyo único cometido consiste en ejercer funciones públicas o de autoridad.

Al otro lado, el límite a la creación de sociedades mercantiles en que parece pugnan por convertirse los grandes servicios públicos prestados por la Administración en régimen de gestión directa (correos, puertos, aeropuertos, ferrocarriles, etc.) debe situarse, según SALA ARQUER, en la posibilidad de que exista una actuación sometida a una real y efectiva competencia, ya que el recurso a la forma societaria o al sometimiento de la mayor parte de su actividad al Derecho privado no está justificado cuando las pretendidas empresas desarrollen su actividad en un régimen de monopolio o cuasi monopolio. Como se ve, es la reafirmación de la tesis que VILLAR PALASÍ defendiera muchos años antes en su trabajo sobre la actividad industrial de la Administración (45).

5. NUEVOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA FUGA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sin perjuicio de compartir las autorizadas opiniones doctrinales que han alertado sobre los peligros de la fuga del Derecho administrativo y sus perniciosas consecuencias, y además de las razones que de forma detallada expuse en su día y que no voy a reiterar aquí, hay más argumentos con los que combatir las tesis de la aplicación indiscriminada del Derecho privado a las Administraciones Públicas, fe-

(45) En opinión de SALA ARQUER, habría que reducir las sociedades mercantiles en mano pública a aquellas cuyo objeto social consiste en una actividad empresarial en régimen de mercado, pero, y aquí está lo original de su tesis, las sociedades mercantiles no *deben en ningún caso considerarse Administración Pública* y, por lo tanto, no estarán sujetas al deber de información al Parlamento en los mismos términos que las demás autoridades del Estado, ni su actividad mercantil estará vinculada por los derechos fundamentales. En definitiva, el Derecho común que les es de aplicación no revestirá más especialidades respecto del Derecho común de sociedades que las que deriven del peculiar régimen de prestación del servicio cuando las empresas públicas sean gestoras de un servicio público.

nómeno que, en la práctica, está permitiendo la ignorancia y vulneración de los principios constitucionales de objetividad y neutralidad que deben presidir el comportamiento de la Administración Pública.

Y es que, en primer lugar, resulta sorprendente que la actuación de la Administración se remita a un **Derecho privado** hoy por hoy inexistente, un derecho que, como admiten sus valedores, está todavía por construir y que correspondería formular a la jurisprudencia. Pero, abandonadas las garantías y cautelas del Derecho público y en tanto no se construya ese nuevo derecho, si es que algún día tenemos la fortuna de verlo, ¿qué se supone debe hacerse para salvaguardar el interés público al que teóricamente sirven los procedimientos del Derecho público?, ¿cómo evitar la apropiación o utilización partidaria de la *res publica* por sus administradores? La alternativa de la sustitución de nuestro Derecho administrativo por un Derecho privado modulado por principios iuspublicistas supone sustituir un derecho de dos siglos de existencia al que se tacha de inadecuado y excesivamente rígido, por el futuro incierto de un «nuevo derecho común» que aún no tiene realidad y cuya existencia dependerá del buen hacer de los tribunales (BORRAJO) o de la práctica contractual (MALARET).

Pero poniéndonos en el mejor de los casos, es decir, suponiendo que se consiguiera formar este nuevo derecho de creación jurisprudencial y doctrinal, ¿no estaríamos reinventando de nuevo el Derecho público? Como el propio BORRAJO admite, se trata de crear un Derecho civil, mercantil y laboral propio de las Administraciones públicas que, a fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones constitucionales y comunitarias, excluya total o parcialmente los principios del Derecho que se aplica en las relaciones *inter privatos* (46). Se trata, en fin, de construir un Derecho privado a partir de la negación de las notas típicas y peculiares del Derecho que se aplica a los demás empresarios, un derecho en el que, por ejemplo, los contratos laborales se aproximen a los contratos administrativos o en el que la contratación de obras y servicios se considere contratación privada, eso sí, siguiendo los procedimientos públicos de selección de contratistas e incorporando las prerrogativas de que por ley goza la Administración cuando realiza contratos públicos. El Derecho aplicable a la Administración no sería, pues, un Derecho privado sino un derecho exclusivo de la Administración capaz de garantizar el interés público al que ésta sirve; en definitiva, un Derecho administrativo, reformado sí, pero al fin y al cabo un Derecho público.

Además, y sobre todo, estos autores no tienen en cuenta algo tan

(46) BORRAJO INIESTA. *ob. cit.*, págs. 242 y 243.

elemental como que las garantías y controles del Derecho privado están pensados para la defensa de los accionistas, de los consumidores, de los usuarios, de los competidores e incluso de los trabajadores, pero no sirven para defender el interés público. Precisamente las exorbitancias en menos, las sujeciones, son consustanciales al Derecho administrativo porque han nacido para defender el interés y el dinero público. No se puede prescindir, como pretende BORRAJO, de los controles previos sobre los que se instrumenta el Derecho público para hacer descansar en la responsabilidad penal, al fin y al cabo un mecanismo *a posteriori*, la protección del patrimonio público, sobre todo cuando tampoco funcionan con la Administración Pública los mecanismos previstos por el Derecho privado para la exigencia de responsabilidad. Pues, ¿acaso los controles del Derecho mercantil no están pensados para defender los derechos de los accionistas minoritarios frente a la mayoría que detenta los medios de gestión?; pero ¿dónde están los accionistas minoritarios o mayoritarios cuando el Estado es el único socio? En este caso la inadecuación de los mecanismos de control se revela como algo obvio, y de nada sirven entonces las auditorías ni el sistema de impugnación de acuerdos de las sociedades cuyos destinatarios son ante todo, se insiste, los accionistas.

Pensemos, por otra parte, en los procedimientos públicos de selección de contratistas; los valedores del Derecho privado entienden que es necesario aplicar en todo caso a las empresas públicas los principios de publicidad y concurrencia que vienen exigidos por el Derecho comunitario, que es lo mismo que decir que, a falta de una especial regulación, habrán de serles aplicables los procedimientos públicos de contratación desarrollados en la Ley de Contratos del Estado. Pero pretender esto es, además de negar sus propios postulados y someterse al Derecho público, tal y como en la actualidad se prevé en nuestro Derecho, una utopía pues la inobservancia de esos procedimientos carece de sanción jurídica ya que en el Derecho contractual privado y ante el Juez civil, el tercero interesado que no es parte en el contrato no estaría legitimado para pedir la nulidad del mismo, invocando la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia y la doctrina de los actos separables, nulidad que no podría ser en ningún caso declarada al faltar en el Derecho privado una regla similar a la prevista en el Reglamento de Contratos del Estado según la cual la nulidad de los actos de preparación y adjudicación supone automáticamente la nulidad del contrato subsiguiente. De la misma forma, tampoco sería de recibo la impugnación del contrato ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de un contrato privado al que, por expresa prescripción legal, no se le

aplican los procedimientos públicos de contratación previstos en la Ley de Contratos del Estado.

De nada o de muy poco sirve el arbitrio al que recurre MALARET en lo que respecta a los contratos de obra pública otorgados por las sociedades mercantiles públicas interpuestas. La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas ampliando la legitimación para la impugnación de los acuerdos de las Juntas sociales a los terceros que acrediten un interés legítimo (art. 117 de la Ley de Sociedades Anónimas) no es aplicable por cuanto la gestión ordinaria de la sociedad y, por lo tanto, la contratación es competencia del Consejo de Administración (o, en su caso, del Consejero o Consejeros delegados), y la legitimación para recurrir los acuerdos del Consejo está reducida a los propios administradores o a los accionistas que representen al menos un 5 por 100 del capital social (art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas). ¡No pretenderá esta autora que la Administración, único socio, impugne los acuerdos de las sociedades que ella misma crea!

Por otra parte, la tesis defendida por MALARET no difiere mucho de la de BORRAJO, salvo que la construcción del nuevo Derecho privado no se remite, como pretende este autor, a la jurisprudencia y doctrina, sino a las cláusulas contractuales a establecer por la Administración, fiando en la buena fe de las entidades públicas sujetas al Derecho privado y sociedades mercantiles en mano pública la introducción de cláusulas que refuercen la posición de la Administración en el contrato privado y la aplicación de los procedimientos públicos de selección. Sin embargo, la inclusión entre las cláusulas del contrato de las prerrogativas o poderes en más de que goza la Administración en los contratos públicos supone una vuelta a los orígenes de los contratos administrativos en los que, como relata PARADA (47) citando a CORMENIN, estas prerrogativas habían de incluirse entre las condiciones contractuales. La generalización de esta práctica, es decir, la inclusión en la mayoría de los contratos que celebraba la Administración de poderes exorbitantes, fue, precisamente, lo que llevó a consagrarla legalmente adquiriendo de esta forma sustantividad los contratos administrativos.

(47) PARADA. *Los orígenes del contrato administrativo*, cit., y *Derecho administrativo. Parte General*, cit., pág. 257. Señalaba CORMENIN que los contratos de que conocía la Jurisdicción contencioso-administrativa se consideraban en su origen simples contratos civiles al no existir reglas de fondo distintas de las propias del Derecho privado para la resolución de sus conflictos. La única excepción frente a lo que es propio en el ámbito civil se postula que la autoridad administrativa resuelva todas las dudas y conflictos, para lo que es suficiente que el «Ministro estipulase en su contrato que hasta la rescisión o hasta la ejecución consumada es sólo sería juez provisional, tanto en los casos de simple ejecución como en los supuestos contenciosos, de forma que el contratista que habría aceptado esta cláusula no podría lamentarse y el interés del Estado estaría entonces plenamente cubierto en todas las circunstancias».

Se propone, pues, por MALARET que la Administración desande el camino de los dos últimos siglos, de que renuncie a las prerrogativas que la ley le reconoce en los contratos administrativos a cambio de incluir esas mismas prerrogativas en el clausulado de un contrato privado. Pero, además, el agravante añadido de la discrecionalidad de cada autoridad administrativa para incluir o no las citadas prerrogativas en más, porque ¿quién nos garantiza que los gestores de estos entes públicos, cuyos poderes discrecionales para contratar son tan omnímodos como los de los particulares, incluirán efectivamente esas cláusulas, esas prerrogativas que defienden el interés público?

Sobre este punto convendría recordar la crítica que hace bastantes años realizara GARCÍA DE ENTERRÍA (48) a la Ley de 20 de diciembre de 1952 que reformó el título V de la Ley de Administración y Contabilidad que contenía la regulación de los contratos de la Administración. Entonces, se lamentaba este autor de que las únicas disposiciones de fondo sobre los contratos consistieran en meras remisiones a pliegos de condiciones a insertar en los respectivos contratos, y que la regulación de fondo del contrato de la Administración se hubiera construido sobre el principio de autonomía dispositiva de los artículos 1091 y 1255 de Código Civil, a la vez que insistía en la necesidad de un Derecho administrativo sobre el fondo del contrato que es, justamente, lo que hizo la Ley de 8 de abril de 1956 (49).

Tampoco se ve la ventaja que, en opinión de MALARET, ofrece el contrato privado sobre el administrativo por permitir incorporar las técnicas de garantía propias de los contratos *inter privatos*, es decir, las denominadas penas convencionales, que no son sino estipulaciones accesorias establecidas en el contrato con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y en cuya virtud, el deudor de la prestación se compromete a pagar determinada cantidad de dinero en caso de incumplimiento (50). Como es sabido, la inclusión de penas convencionales no sólo no es privativa de la contratación privada, sino que está prevista en la legislación de contratos del Estado para los contratos de obras, gestión de servicios públicos y el de suministros (51) y puede moldearse o ampliarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares; nada impide, en

(48) *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, ob. cit., págs 248 y 249.

(49) Véase PARADA, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, 1965.

(50) J. GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles con cláusula penal o pena convencional*, Madrid, 1983.

(51) Artículos 82.7 y 122.8 del Reglamento de Contratos del Estado para los contratos de obra pública, artículos 211.10 y 216.7 para el contrato de gestión de servicios públicos y artículos 244.8 y 256.8 del Reglamento para el contrato de suministros.

definitiva, que a través de las cláusulas administrativas particulares se incorporen al contrato público las garantías al uso en los contratos privados (avales bancarios a primera mano, por ejemplo). Además, ¿dónde puede encontrarse en el Derecho privado una regulación de las fianzas tan favorable a una de las partes?

Planteada la cuestión en sus justos términos no se alcanza, pues, a comprender cuáles pueden ser las ventajas que justifiquen, desde el punto de vista del interés público, el recurso a la contratación privada con abandono de la pública (52).

En cuanto a la observancia en los contratos privados de las sociedades públicas de los principios de publicidad y concurrencia, ¿cómo garantizar que éstos efectivamente se cumplen, si no se siguen para su adjudicación unos procedimientos reglados? En todo caso, no existen en el Derecho privado, como ya se señaló, mecanismos que permitan sancionar la inobservancia de dichos principios al carecer éste de una regla similar a la de los actos separables sólo aplicables a los contratos privados de las Administraciones Públicas pero no a los contratos privados que realizan entes privados. Por ello, los terceros, en el mejor de los casos, sólo podrán acudir al juez civil solicitando la correspondiente indemnización por *culpa in contrahendo* si la adjudicación no se ha ajustado a las reglas designadas en los anuncios públicos, pero muy difícilmente podrán obtener la nulidad del contrato.

En todo caso y en definitiva, si tantas son las ventajas que se derivan de la aplicación del Derecho privado y tanto mejora la eficacia de la Administración, lo que, dicho sea de paso, está todavía por demostrar, ¿por qué no derogar progresivamente todo el Derecho público en bloque?, ¿por qué no culminar el proceso iniciado y permitir que el Derecho privado se extienda a toda la Administración Pública?, ¿por qué no prescindir de todas las normas de contratación administrativa y remitirse al Derecho privado?, ¿por qué mantener, en fin, la esquizofrenia de un doble régimen —administrativo y labo-

(52) En el capítulo de las ventajas de la contratación privada sobre la pública, los valedores del Derecho privado suelen argumentar con la mayor facilidad de financiación de las obras públicas contratadas de acuerdo con el Derecho privado. No obstante, habría de preguntarse en qué consiste esa mejor financiación, ¿en créditos privilegiados?, ¿cotización de acciones en Bolsa? Realmente la ventaja de utilizar la contratación privada es que ésta permite burlar el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria, según el cual «no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales que infrinjan la expresada norma sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar». A falta de una sanción similar para los contratos privados que infrinjan el artículo 60 de la LGP, la Administración está recurriendo, al parecer, a la práctica de contratar obra pública sin previa consignación presupuestaria obligando al cocontratante a financiar por su cuenta y riesgo parte del importe de la obra.

ral— para el personal del sector público y no sustituir el sistema de función pública por la contratación laboral? Estos interrogantes sólo pueden conducir, en la lógica de los defensores de la aplicación del Derecho privado, al absurdo de la negación del Derecho público. Por ello esta moda doctrinal y legislativa de la aplicación del Derecho privado a los entes públicos sólo puede ser combatida a través de la formulación de una reserva constitucional de Derecho administrativo para la que, como ya señalé en otro lugar, existen sobrados argumentos (53).

6. REACCIONES CONTRA LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1993 Y LA LIMITACIÓN DE LOS CONTRATOS
BLINDADOS EN EL SECTOR PÚBLICO

Aunque la última tendencia legislativa, como vimos, sigue la línea de la aplicación del Derecho privado, las reacciones doctrinales aludidas, las exigencias del Derecho comunitario y las reacciones de la opinión pública escandalizada de algunas de las consecuencias que sobre la moral que debe presidir los comportamientos públicos produce tratar a los entes públicos como empresas privadas, permiten alimentar alguna esperanza de que la tendencia de la aplicación del Derecho privado comience a remitir.

El Derecho comunitario, como es sabido, obliga a los entes públicos a adjudicar los contratos de obra pública y suministros según unos procedimientos públicos de selección de contratistas, aun cuando permite a cada Estado miembro establecer su propia regula-

(53) *Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional*, cit., págs. 172 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el *Curso de Derecho administrativo*, T. I, cit., pág. 390, ha rechazado en parte la tesis de la reserva constitucional de Derecho administrativo por considerar que, en muchos casos, no es necesario declarar la inconstitucionalidad de las leyes que pretenden evadir los procedimientos de control y garantías del Derecho público, bastando con aplicar, con independencia de lo que éstas digan, los procedimientos públicos que garanticen el cumplimiento por los poderes públicos de los principios de la actuación administrativa. El problema de esta vía es, sin embargo, cómo conseguir en la práctica que el Juez contencioso-administrativo controle la efectividad de dichos principios cuando se trata de actos de una entidad que actúa sujeta al Derecho privado. El citado autor entiende que a través de la técnica de *los actos separables*, y sin embargo, hoy por hoy, tal y como antes se razonó, es imposible ya que esta técnica, importada del Derecho francés y que supone la nulidad automática del contrato privado de la Administración como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos de preparación y adjudicación del mismo, sólo se aplica a los contratos privados de la Administración Pública y no así a los contratos de sociedades mercantiles en mano pública o de aquellos entes públicos cuya actividad quede sujeta total o parcialmente al Derecho privado y excluidos por consiguiente de la legislación administrativa en materia de contratación. Precisamente, impedir la aplicación de los actos separables, es decir, que los contratos de los entes instrumentales se sujeten a la Ley de Contratos del Estado, es lo que se pretende evitar a través de la manipulación de los entes instrumentales.

ción en lo relativo al contenido material, condiciones y ejecución de los contratos. A través de la imposición de unos procedimientos reglados se pretende acabar con las restricciones en favor de los contratistas nacionales de cada país y con las exigencias de utilización de productos o materiales nacionales en defensa de las industrias propias, garantizando así la libre competencia entre las empresas de todos los países miembros (54).

(54) No sólo la Ley y el Reglamento de Contratos del Estado permiten, como antes ya observamos, obviar la aplicación de los procedimientos públicos de selección de contratistas mediante la vía de la excepción legal, sino que además el Estado español ha conseguido hasta hoy y a través de la manipulación de los anexos de las Directivas burlar las disposiciones comunitarias. En efecto, dichas directivas pretenden ampliar sustancialmente el ámbito subjetivo de aplicación de los procedimientos públicos de selección de contratistas en los contratos de obra y suministros al comprender entre los poderes adjudicadores que han de sujetarse a sus prescripciones, además del Estado y demás entes territoriales, a todos los demás entes de Derecho público.

Así, la Directiva 89/440/CEE, sobre contratación de obra pública, extendió la aplicación de los procedimientos de adjudicación a los contratos de obra pública formalizados por el Estado, los entes territoriales, los Organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes de Derecho público, y para mayor precisión, define esta Directiva lo que debe entenderse por organismo de Derecho público, determinando que lo serán aquellos que reúnan las siguientes condiciones: 1) que su creación responda específicamente a necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil; 2) que estén dotadas de personalidad jurídica; 3) que su actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien aquellos cuya gestión se halla sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes territoriales u otros Organismos de Derecho público.

Se deduce de esta descripción un concepto amplísimo de ente de Derecho público que en lo que respecta a nuestro país sólo permitiría excluir —todo lo más— las empresas públicas con forma societaria que realizan una actividad mercantil en el sentido más estricto del término y en régimen de libre competencia. El resto de los entes públicos, sea cual sea su dependencia formal del poder público (financiación o nombramiento de sus órganos directivos) y, por lo tanto, también los entes de Derecho público cuya actividad logística se sujeta al Derecho privado o, incluso, las empresas públicas con forma societaria cuya actividad consista en la realización de actividades de interés público tales como construcción de obras públicas o infraestructuras, están necesariamente incluidos en el ámbito de las Directivas y, por lo tanto, deben sujetarse a los principios administrativos y procedimientos comunitarios de contratación que éstas imponen.

Esta conclusión se ve avalada, además, por el artículo 1.bis) de la Directiva 89/440/CEE, que declara expresamente aplicables esos mismos procedimientos administrativos a los contratos de infraestructura con fines de interés público en los que, sin participar directamente un ente público, se dé una subvención pública de más del 50 por 100 del presupuesto.

Pero frente a este concepto omnicompreensivo de ente público que luce en el texto de la citada directiva, llama la atención que el Anexo primero de la Directiva 89/440/CEE, sobre contratos de obra pública, al enumerar los organismos de cada país que reúnen los requisitos para ser considerados entes públicos a efectos de que se sigan los procedimientos preceptivos, en el apartado correspondiente a España se haga alusión a «*las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos*», de donde puede deducirse que los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado y las empresas públicas, sea cual sea su objeto social, no estarían incluidos en el ámbito de vigencia de la normativa comunitaria y por lo tanto estarían exentos de someter su actividad de contratación a los procedimientos públicos de selección de contratistas, lo que a su vez queda confirmado por el artículo 2.6 de la Ley de Contratos del Estado, que excluye de su

En este contexto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993, que no es la primera que condena a nuestro país en cuanto a contratación pública

ámbito de aplicación los contratos celebrados por una entidad expresamente excluida por una ley.

Pero esta aparente antinomia entre las precisas definiciones del artículo primero de la Directiva y el Anexo, sólo puede interpretarse en el sentido de entender comprendidos en el ámbito de la Directiva los contratos públicos de obras que celebren todos aquellos organismos de Derecho público que responden a la descripción del artículo primero del texto, es decir, todos aquellos entes dotados de personalidad jurídica, controlados por la Administración o cuyos miembros directivos sean nombrados por ella y que, asimismo, se financian con fondos públicos.

Esta interpretación se impone, en primer lugar, porque de la propia Directiva se deduce la preferencia de las definiciones sobre el Anexo, en cuanto que es obligación de la Comisión ajustar los anexos a las definiciones del artículo 1.b), a partir de las notificaciones periódicas que los Estados miembros realicen con las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

En segundo lugar, porque de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista establecida en el Anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición, no tendría ningún sentido haber introducido una definición del ente de Derecho público, bastaría con haber remitido directamente al Anexo.

Además, otra interpretación llevaría a un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y la finalidad de la directiva, ya que si no se aplican los procedimientos administrativos comunitarios a los contratos públicos que lleven a cabo las entidades públicas que sujetan su actividad al Derecho privado, quedarían excluidos del ámbito de la Directiva, a voluntad al fin y al cabo de un Estado miembro, la mayoría o todos los contratos públicos de obras de nuestra Administración. Bastaría con que las leyes nacionales fueran progresivamente creando entes públicos descentralizados que contratasen en régimen de Derecho privado, transformando de esta suerte todas las Direcciones Generales, o creando sociedades anónimas interpuestas para evitar la aplicación *in totum* de las Directivas comunitarias y burlar los derechos y libertades de circulación de mercancías, de establecimiento y de libre circulación de servicios consagrados en el Tratado de la CEE. No hay que olvidar, en fin, que el Derecho comunitario impone su vigencia sobre supuestos de hecho definidos por sus propias normas y, consiguientemente, el concepto de Administración Pública y el deslinde de otros entes no puede depender de las interesadas calificaciones de los Estados miembros sino de los criterios de la Directiva comunitaria. Así, cuando la Directiva sujeta a sus mandatos al Estado, entes territoriales y otros entes de Derecho público, abarca un círculo de entes definido por el Derecho comunitario y no por los derechos nacionales.

Esta concepción amplia de organismo de Derecho público es, por otra parte, la que se ha impuesto en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en concreto en la Sentencia 20-9-88, As. 31/87, *Gebroeders Beentjes, B.V./Países Bajos*, en la cual, entre otras cuestiones, se planteó si la Directiva 71/305/CEE debía aplicarse a la adjudicación de contratos de obras públicas de un organismo formalmente independiente de la Administración, como era la Comisión Local de Concentración parcelaria. Este punto fue resuelto por el Tribunal con una interpretación muy flexible —y eso que la Directiva en cuestión no contenía aún la definición de ente público— del concepto de Estado, al considerar que un organismo cuya composición y funciones habían sido establecidas por la Ley y que dependía de los poderes públicos en el nombramiento de sus miembros y la financiación de los contratos de obras públicas que estaba encargado de adjudicar, debía entenderse que formaba parte del mismo, aunque no fuera así formalmente.

Un razonamiento paralelo cabe hacer sobre el ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos de suministros en las que ni siquiera se ofrece una definición de los organismos de Derecho público, contentándose con una remisión directa al Anexo. No cabría tampoco en este caso admitir que la Directiva comunitaria está haciendo una remisión en blanco al legislador estatal para que determine a través de su regulación interna los entes que se sujetan a los procedimientos públicos de contratación, por la simple razón de que no es aceptable que el cumplimiento de la Directiva se haga depender de la voluntad de cada Estado miembro; de ser así, nada se habría avanzado.

se refiere (55), declara la incompatibilidad con la normativa comunitaria (56) de algunas de las prescripciones de la Ley de Contratos del Estado y de su Reglamento y entre ellas del artículo 2.8 de la Ley de Contratos del Estado, que resulta, a nuestros efectos, de un especialísimo interés (57). No hay que olvidar que precisamente en este precepto, a cuyo tenor quedan fuera del ámbito de la Ley de Contratos los exceptuados expresamente por una ley, se había venido fundamentando la inaplicación de la Ley de Contratos del Estado a la actividad contractual de las entidades que por ley sujetan su actividad al Derecho privado

En opinión del Tribunal, este precepto constituye una exclusión de carácter general contraria a lo dispuesto en las Directivas comunitarias que no admiten más excepciones que las expresamente mencionadas. Asimismo, recuerda el Tribunal que aunque la transposición al Derecho interno de una directiva no requiere una ley específica que repita textualmente la norma comunitaria sí exige, al menos, que su contenido sea recogido en una norma de forma lo suficientemente clara y precisa como para que sus beneficiarios puedan conocer con exactitud sus derechos a fin de hacerlos valer ante los tribunales nacionales. De ahí que, cuando todas las excepciones permitidas por las Directivas han sido recogidas en las disposiciones de la Ley de Contratos y de su Reglamento, la previsión de nuevas excepciones a introducir por otras leyes contribuye a crear una situación de inseguridad que impide a los interesados conocer con exactitud sus derechos y obligaciones.

(55) Previamente, la Sentencia 18 de marzo de 1992, había condenado a nuestro país por la infracción de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, concretamente por la decisión del Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid de adjudicar por contratación directa las obras de ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social. En este caso, el Tribunal de Justicia entendió que la contratación directa no estaba justificada por cuanto, frente a las alegaciones del Gobierno español que insistía en la necesidad de terminar las obras antes del 1 de octubre de 1989 y en el retraso que habrían ocasionado los procedimientos de publicación comunitarios, la imperiosa urgencia no era incompatible con los plazos establecidos para el procedimiento acelerado previsto en la Directiva.

(56) La Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre contratos de obra pública, y la 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre contratos públicos de suministros.

(57) Además, se analizan en esta sentencia el artículo 2.3 de la LCE, que excluye de la aplicación de la ley de contratos y, por consiguiente, de los procedimientos públicos de contratación ciertas operaciones entre la Administración y los particulares («Las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos»); el artículo 29.bis) apartados 1 y 3 de la LCE, que eximen a determinados contratos de la publicación en el «Diario Oficial de las Comunidades»; el artículo 37.1 apartados 1, 2, 7 y 8, y el artículo 87.4 apartados 1, 2 y 5 de la LCE, en cuanto que amplían las causas de contratación directa a supuestos no previstos en la normativa comunitaria; los artículos 24.1, 25.1 y 3, 284.5, 287.2, 312.2, 320.3.5) y 341 del RCE, que contienen ciertas disposiciones relativas a las reglas de selección y participación de los contratistas; y, en fin, el artículo 244 del RCE, que establece determinadas reglas técnicas.

Cerrada por esta sentencia la puerta de la aplicación del Derecho privado a la actividad contractual de la Administración por la vía de crear Entes al amparo del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, al menos en lo que respecta a los procedimientos de selección de contratistas, la reacción obligada del Gobierno habría de pasar por una nueva redacción del Proyecto de la Ley de Contratos que recogiera de forma clara e inequívoca la obligación de los Entes de Derecho público que sujetan su actividad al Derecho privado y demás sociedades públicas instrumentales de seguir los procedimientos públicos de selección de contratistas en ella previstos, calificando como actos administrativos los de otorgamiento de toda suerte de contratos. Esta solución permitiría obviar los obstáculos que, como se señaló, presenta hoy el control jurisdiccional de tales contratos, a través de la técnica de los «actos separables» y la reafirmación de la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, las aguas no parecen discurrir por ese cauce pues nada menos que el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Estado de 3 de diciembre de 1993 y a pesar de haber incidido en esta cuestión, ha dejado, en mi opinión, pasar una oportunidad de oro para reconducir las cosas a sus justos términos. Y es que, en primer lugar, sus observaciones a este respecto se han incluido en un epígrafe denominado «*La modulación pública de los contratos privados de las administraciones*», con lo que ya induce a una primera confusión puesto que una cosa son los contratos privados de la Administración Pública a los que siempre se ha aplicado la legislación de contratos en lo relativo a su preparación y adjudicación y la doctrina de los actos separables, y otra bien distinta los contratos de sociedades públicas y otros entes del sector público que sujetan su actividad al Derecho privado, cuya actividad de contratación venía siendo sistemáticamente excluida *in totum* de los procedimientos públicos de selección de contratistas. En segundo lugar, a pesar de que el dictamen del Consejo de Estado recuerda la necesidad de que las sociedades estatales, en su doble modalidad de Ente público que actúa sujeto al Derecho privado y sociedad mercantil, mantengan en su actividad contractual una vinculación a los principios de carácter público, no sólo a los de publicidad y concurrencia sino a otros principios constitucionales como los de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el de objetividad en el servicio de los intereses públicos y los corolarios que de él derivan como el mérito y capacidad, publicidad y transparencia, así como el principio mismo de legalidad y respeto a los derechos fundamentales (58), no aboga clara y expresamente por incluir a estas entidades

(58) En su dictamen el Consejo de Estado llama la atención sobre el fenómeno, clara-

dentro del ámbito de aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos públicos de contratación se refiere, contentándose con recomendar al Gobierno que incluya alguna norma que, de alguna manera, garantice la aplicabilidad de dichos principios.

El resultado de este tímido consejo ha sido que el Gobierno se ha limitado a incluir una Disposición Adicional sexta del mismo tenor que la contenida en el anterior Reglamento de Contratos del Estado, de escasa o nula efectividad, según la cual *las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o Entes de Derecho público, así como las demás entidades del sector público sujetas en su actividad contractual al Derecho privado, se ajustarán en dicha actividad a los principios de esta ley, en particular a los de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios, al objeto de conseguir un comportamiento homogéneo en todo el sector público.* Y es que de nada sirve, como dijimos y reiteramos, afirmar dichos principios si, a la vez, la actividad contractual no se sujeta a unos procedimientos reglados de selección de contratistas que son los que garantizan la adecuación de la decisión administrativa y permiten el control judicial posterior a través de la aplicación de la doctrina de los actos separables. Seguiremos, pues, si las Cortes no lo remedian, con la fórmula de las obligaciones naturales que se remiten a la conciencia de cada cual y sin garantía judicial alguna.

Pero frente a la pasividad demostrada por el Gobierno en relación a la actividad contractual de las sociedades públicas, no puede por menos que llamar la atención la reacción fulminante que éste ha protagonizado en el tema de los coloquialmente llamados «*contratos blindados*», que no son sino una de las múltiples consecuencias, y ni siquiera la más grave, de la aplicación indiscriminada del Derecho laboral al personal de las Administraciones Públicas.

mente perceptible en estos últimos años, de ampliación del régimen contractual jurídico-privado, proceso que, por mucho que pueda parecer conveniente desde la perspectiva de la eficacia y agilidad de dichas actuaciones, no debería llegar hasta el extremo de desconocer la naturaleza pública de los entes actuantes, ni menos aún, dejar sin posibilidades de aplicación práctica los principios constitucionales de obligada observancia por todas las Administraciones Públicas. La virtualidad de esos principios no está limitada a la actuación de las Administraciones en régimen de Derecho público sino que se extiende con la misma fuerza vinculante al caso del sometimiento al Derecho privado, lo que supone, dice el Consejo de Estado, un «plus diferenciador», una modulación pública inescapable que veda la asimilación sin restricciones a la pura contratación privada. Por ello, concluye el Consejo de Estado, sería conveniente que se considerara la oportunidad de plasmar en el Anteproyecto alguna norma que responda a estas preocupaciones y garantice la aplicabilidad también de los principios constitucionales señalados a los contratos privados de las Administraciones Públicas y, en particular, los de publicidad y concurrencia de ofertas en la contratación de los entes y organismos públicos que ajustan su actuación al Derecho privado.

En efecto, es un hecho que, a pesar de la ilegalidad del proceso de laboralización denunciada por la doctrina más autorizada (59), y a pesar, también, de la tímida llamada de atención del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de junio de 1987, sobre la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, sentencia que obligó al Gobierno y al legislativo a dar un paso atrás para hacer algo más restrictiva la contratación laboral (60), el régimen de función pública ha ido perdiendo progresivamente terreno en favor del régimen laboral, no sólo a través de la admisión de la relación laboral en el seno de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos (a los que resulta de aplicación la Ley 32/84, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública) sino también mediante la laboralización en bloque de todo el personal de entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado, como es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Ente público Aeropuertos Nacionales, de las Autoridades Portuarias y del Consejo Económico y Social, por citar algunos.

Y de la mano del Derecho laboral han llegado a la Administración los contratos de alta dirección regulados en el artículo 2.c) del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) y el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Este Decreto ha venido aplicándose sin modulaciones a la Administración.

Los contratos de alta dirección son contratos laborales especiales, reservados a los trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad y sólo limitados por las instrucciones directas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración. Así, como señala IGLESIAS CABERO (61), para que el personal sea calificado de alto cargo es preciso que tenga poderes para regir la vida industrial en su totalidad, sin necesidad de recibir órdenes del titular, y con facultades para llevar la total dirección y administración del negocio, lo que implica el desempeño de funciones rectoras de la empresa en sí y no sólo las que suponen una dirección o un trabajo especializado dentro de la entidad en la que presta sus servicios. En definitiva, continúa este autor, el alto directivo viene a ser el *alter ego* del empresario, un apoderado con las más amplias facultades para regir el negocio (62).

(59) R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Organización y Empleo Público*, Madrid, 1993, págs. 420 y 421.

(60) De ahí la nueva redacción que la Ley 23/88, de 28 de julio, dio al artículo 15.1.c) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública.

(61) *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid, 1991, pág. 41. Véase L. MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Madrid, 1994.

(62) Por encima de los contratos de alta dirección, se encuentran los consejeros, los

Peculiaridad de estos contratos «laborales» es que, aun cuando son fiscalizables por la Jurisdicción Social, no se les aplica el Derecho laboral, incluido el Estatuto de los Trabajadores (salvo las remisiones expresas del Real Decreto), ya que se rigen, como establece el artículo 3 del Decreto regulador, por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por la legislación civil y mercantil. En consecuencia, tanto la duración del contrato, como el tiempo de trabajo (jornada, horario, fiestas y vacaciones) y la remuneración serán los fijados en las cláusulas contractuales, entre las que también podrá incluirse un pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato (63). Asimismo, aun cuando el Decreto establece una indemnización mínima para el caso de rescisión de contrato por voluntad del empresario (64), las partes podrán pactar indemnizaciones más elevadas, sin tope alguno; de ahí la denominación coloquial de «contrato blindado» con que se designan los contratos que incluyen una cláusula de este tipo.

Pues bien, los contratos de alta dirección, cuyo régimen jurídico acabo de exponer, han venido a reemplazar en la Administración, en parte a los cargos políticos de nombramiento y cese discrecional, y en parte a los funcionarios del nivel directivo.

En efecto, la relación unilateral de Derecho público y predeterminada legalmente que se entabla entre la Administración y el cargo

miembros de los órganos de administración y los administradores en las empresas con forma societaria, que no están ligados a la empresa por una relación laboral, sino de naturaleza civil o mercantil, por lo que quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria.

Con anterioridad a la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, tanto las personas dedicadas a las puras labores de consejo como el personal de alta dirección quedaban excluidas de la órbita del Derecho del Trabajo; no obstante, como señala IGLESIAS CABERO (*ob. cit.*, pág. 33), desde la citada ley, y así se ha mantenido con el Estatuto de los Trabajadores, la exclusión del orden laboral sólo afecta a la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad siempre que su actividad en la empresa comporte la realización de cometidos inherentes al cargo. Recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de mayo de 1993 ha reducido aún más el ámbito de aplicación del contrato de alta dirección al entender que para la concurrencia de un contrato laboral de alta dirección no basta con que la actividad realizada sea la propia del alto cargo sino que es preciso, además, que la efectúe un trabajador y no un consejero en el desempeño del cargo.

Por debajo de los contratos de alta dirección se localiza el personal directivo medio cuyo poder, aun siendo amplio, no refleja la plenitud e independencia del alto cargo sujeto a una relación laboral ordinaria. (M.^o F. FERNÁNDEZ y M. RODRÍGUEZ PINERO, *La relación laboral especial del personal de alta dirección en el Real Decreto 1382/1985*, «Revista de Relaciones laborales»).

(63) El pacto de no concurrencia, dice el artículo 8.3, para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válida si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello. b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

(64) Siete días de salario en metálico por año trabajado con un máximo de seis mensualidades.

político, se sustituye en algunos casos por una relación contractual laboral de alta dirección que permite al trabajador pactar las condiciones más favorables a sus intereses y, entre ellas, como veremos, una indemnización por la resolución anticipada del contrato.

Si a esto añadimos un fenómeno paralelo de creación de cargos políticos donde antes había puestos directivos de funcionarios, se entenderá cómo los contratos de alta dirección han nacido, han crecido y se han multiplicado en este primer nivel directivo de la Administración (65). Así, por ejemplo, y según datos del Ministerio de la Presidencia (66), son 65 los contratos de alta dirección suscritos por la Administración General del Estado con altos cargos (ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales y asimilados), mientras que en la Administración Institucional, los contratos de alta dirección en puestos políticos han proliferado en Entes públicos y Sociedades mercantiles del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria, ya que sólo los contratos blindados (sin contar, por lo tanto, los contratos de alta dirección que no incluyen una cláusula de indemnización) alcanzan el número de doscientos, concentrados, al parecer, en los Entes públicos RENFE (67), FEVE (68), TVE (69), RNE (70), Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre (71), Comisión Nacional del Mercado de Valores (72), Aeropuertos Nacionales, Consorcio de Compensación de Seguros, Instituto Cervantes, y el Centro de Desarrollo Tecnológico e Industrial e Hispasat, y las sociedades Telefónica, Tabacalera, Iberia, Argentaria, etc.

En otros casos, el contrato de alta dirección se ha introducido de forma más solapada en un segundo nivel directivo, no ya a través de los cargos políticos, sino en puestos de dirección que figuran en los

(65) Esta ha sido una práctica utilizada en Correos, que ha multiplicado el número de altos cargos (100 nuevos altos cargos desde su reorganización) que no se limitan ya a las direcciones técnicas administrativas y de asesoría, alcanzando a cargos de direcciones de áreas y puestos administrativos que antes eran desempeñados por funcionarios. Además, ocho de estos nuevos altos cargos han sido contratados, al parecer, en régimen laboral de alta dirección, y han sido ocupados por funcionarios a los que se ha concedido la situación de excedencia especial (dirección de área de operaciones; dirección de área de recursos humanos, dirección de área de finanzas, dirección de área comercial, asesor de relaciones externas, asesor de control de gestión, asesor de *marketing*, e Inspector General de Correos). Información de «Diario 16» de 4 y 5 de octubre de 1993.

(66) Estos datos proceden del propio Ministro, en respuesta a la pregunta parlamentaria formulada el 17 de agosto de 1993 por el Diputado Antonio Romero: ¿Cuántos contratos de trabajo denominados blindados se han efectuado por la Administración central y el Instituto Nacional de Industria? (Revista «Dinero», núm. 532, nov. 1993).

(67) Veinticinco contratos blindados de altos cargos.

(68) Seis contratos blindados de altos cargos.

(69) Cuarenta y un contratos blindados de altos cargos.

(70) Quince contratos blindados de altos cargos.

(71) Dieciséis contratos blindados de altos cargos, a los que hay que sumar 21 contratos blindados de jefes de servicio y 5 delegados comerciales.

(72) Diez contratos blindados de altos cargos.

catálogos y relaciones de puestos de trabajo como puestos a cubrir indistintamente por funcionarios o personal laboral. A este nivel no es infrecuente que el puesto en cuestión sea cubierto por un contratado laboral al que se le dota además del régimen especial de los contratos de alta dirección.

Pues bien, si la utilización del contrato de alta dirección no presenta problema alguno en el sector privado, no puede decirse lo mismo de su empleo, como hemos visto nada infrecuente, en el sector público donde choca con los principios que, por imperativo constitucional, han de presidir la actuación de la Administración Pública. Por de pronto, la existencia en el sector público de contratos de alta dirección y en especial de los contratos blindados, en los que la indemnización por despido supera la establecida con carácter general por el Real Decreto regulador, puede reputarse contraria al artículo 97 de la Constitución pues limita la responsabilidad del Gobierno en la gestión de la Administración y de los servicios públicos, ya que al gravarse la libre remoción de los cargos de dirección de las empresas y Entes públicos con el pago de una cantidad mayor o menor de dinero, se produce un obstáculo al ejercicio de una potestad pública que va en contra de la naturaleza de la dirección ejecutiva y la función política que consagra la Constitución, impide la libre remoción de los altos cargos, y afecta, en última instancia, al principio de representación democrática.

Además, en relación a los contratos de alta dirección en cargos políticos, la sustitución de la tradicional relación unilateral del ente público con el alto cargo por un vínculo de naturaleza contractual cuyos límites no están predeterminados *a priori*, sino que vendrán precisados por las propias partes, supone, en primer lugar, una burla de los principios de mérito y capacidad ya que al tratarse de puestos de libre designación se ven excluidos de los sistemas ordinarios de provisión de puestos en la Administración Pública, lo que condiciona a su vez y en segundo lugar el principio de objetividad e imparcialidad con que debe actuar una Administración Pública en la que los cargos políticos de libre designación, aunque no de libre remoción, van creciendo a costa y en detrimento de los puestos asignados a los funcionarios públicos.

En definitiva, la admisión de contratos laborales de alta dirección tanto en el nivel superior de cargos políticos como en un segundo nivel directivo de entes públicos y organismos autónomos es contraria a la reserva constitucional de función pública que, como razona PARADA (73)

(73) *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, cit., págs. 420 y 421.

y expuse en otro lugar (74), se deduce de nuestra norma fundamental.

Sin embargo no han sido, precisamente, estos reproches de inconstitucionalidad sino la necesidad de acometer una operación de estética de cara a la opinión pública, escandalizada por los datos de los contratos de alta dirección que hasta ella han trascendido, la que ha llevado al Gobierno a reaccionar limitando los blindajes en los contratos de alta dirección del sector público.

En efecto, el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993 («BOE» de 31 de diciembre de 1993), establece las instrucciones y criterios a los que habrán de ajustarse los pactos y cláusulas contractuales en los casos de extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección, limitando las cuantías de las indemnizaciones para todo el sector público estatal. Así, en la Administración General del Estado y Organismos Autónomos las indemnizaciones se reducirán a siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis meses; en las Entidades de Derecho público se suprime cualquier indemnización por el cese en los puestos de presidente, vicepresidente, director general y cargos asimilados de máxima responsabilidad, y en los demás cargos de alta dirección las cuantías se reducen hasta un máximo de doce meses. Por último, en las sociedades mercantiles las indemnizaciones de los altos cargos y el resto del personal de alta dirección se reducen al máximo de doce meses.

A destacar, sin embargo, que este Acuerdo, además de bendecir el uso de contratos de alta dirección en el sector público, pues no hay que olvidar que la indemnización o «blindaje» por resolución anticipada del contrato sólo es una peculiaridad más de los contratos de este tipo, respeta los contratos blindados firmados con anterioridad al 1.º de enero de 1994, a los que no les resulta de aplicación.

(74) DEL SAZ, *Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional*, cit.