

LA RENUNCIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por
JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
Profesor Titular
de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO PRIVADO. SU PROBLEMÁTICA.— II. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELEVANCIA PARA DEFINIR EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN: A) *La comprensión material de la Administración pública*: 1. La vinculación pública de la total actividad de la Administración. 2. El «Derecho privado administrativo» (*Verwaltungsprivatrecht*). B) *El concepto jurídico-formal de Administración pública. La naturaleza material de la actividad o sus especiales circunstancias como fundamento y criterio de valoración*.— III. INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA FALTA DE GARANTÍAS QUE SUPONE LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO PRIVADO: A) *Teoría del doble nivel (Zweistufenlehre)*. B) *Vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (Drittwirkung)*. C) *Suficiencia del Derecho privado*.— IV. LA ÚNICA SOLUCIÓN POSIBLE: LA CONTENCIÓN DE LA ACTUACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN: A) *Negación de la libertad de la Administración de elección de regímenes jurídicos*. B) *Control material de legalidad (constitucionalidad) de la decisión de sometimiento al Derecho privado*.— V. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE EMPRESAS PÚBLICAS Y ENTIDADES INSTRUMENTALES: A) *La importancia de las formas jurídicas*. B) *Tipos de actividad de las empresas públicas*: 1. Actividades de mercado. 2. Actividades al margen del mercado: 2.1. Actividades de servicio público. 2.2. Actividades no calificadas como servicios públicos: a) *La exigencia de un Poder público administrativo*. b) *La inadecuación de las sociedades mercantiles*.

I. LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO PRIVADO. SU PROBLEMÁTICA

Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la historia del constitucionalismo es la historia del sometimiento del Poder —y, por tanto, de la Administración— a la norma, de su vinculación a reglas jurídicas. El Derecho público —en un proceso de continuo cerco a las inmunidades del poder (1)—, tras largos años, paso a paso, ha conseguido un alto grado de juridificación del ejercicio del poder y, consiguientemente, de fiscalización judicial de sus actos. Los principios jurídico-públicos y la mirada atenta del juez llegan así a todos los despachos administrativos.

(1) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 159 y ss.

Este proceso, sin embargo, en alguna medida se está resintiendo por la renuncia habitual de la Administración a su Derecho específico para la realización de un cúmulo creciente de actividades (2). Como justificación, en el discurso político, profesional e, incluso, académico —desde una superficial «cultura» de la eficacia—, con frecuencia se aduce que el Derecho Administrativo —lento, rígido y burocrático—, para muchas actividades que hoy asume la Administración, sencillamente no sirve.

Con este pretexto, se usa y abusa de las vías excepcionales de flexibilización del sistema que contiene el propio Derecho Administrativo, liberando de garantías las enajenaciones patrimoniales o recurriendo a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración. Ni que decir tiene que cuando la excepción pesa casi tanto como la regla, ésta pierde toda su virtualidad y, con ella, se evapora la garantía de los principios —de buena administración, de promoción de una efectiva concurrencia, de adjudicación al más capaz— que las normas administrativas tratan de preservar.

A veces se da un paso más. Con la excusa de conseguir una mayor operatividad y eficacia —no siempre demostrada (3)—, la Admi-

(2) Con todo, la reacción de la doctrina, en general, se ha dejado sentir con firmeza. Tempranamente, ARIÑO desenmascaró a las entidades institucionales, mostrando su verdadera naturaleza (G. ARINO ORTIZ, *La Administración institucional*, IEAL, Madrid, 1972). En esta línea, vid. también F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987. En los últimos años, la doctrina no ha dejado de ocuparse del tema. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BACUER, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 63 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 3.ª edición, 1991, págs. 26 y ss. (6.ª edición, 1994, págs. 28 y ss.) y *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 5.ª edición, 1991, págs. 205 y ss. (7.ª edición, 1993, págs. 226 y ss.); J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas Públicas de Promoción Económica Regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 290 y ss.; S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 139 y ss.; *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 57 y ss.; J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 6.ª edición, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 388 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, «REDA», núm. 79, 1993, págs. 389 y ss.; I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, «REDA», núm. 78, 1993, págs. 233 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, págs. 1 y ss.; AA.VV., «Administración instrumental», *Libro-Homenaje a M. F. CLAVERO AREVALO*, Cívitas, Madrid, 1994; J. L. PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 17 y ss.

(3) Silvia DEL SAZ insiste en la necesidad de desmitificar la creencia en la mayor eficacia de la Administración cuando actúa sujeta al Derecho privado, que se confunde con la mayor eficacia del sector privado. La clave —dice esta autora— no está en el cambio de

nistración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados *ad hoc* — a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho privado—, o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla. Ello va acompañado de una extensa laborización del personal al servicio de la Administración.

Organismos autónomos, entes públicos de diversas clases y empresas públicas mercantiles proliferan así en las distintas latitudes de nuestra geografía administrativa. Estos entes acaparan una parte muy importante de la demanda y de la intervención pública; más aún, en muchos casos, tienen encomendadas funciones y tareas específicas de la Administración. Los ejemplos se multiplican: las Empresas Públicas de Promoción Económica Regional (EPPER) (4), ENATCAR, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Sociedad Estatal para la EXPO'92, la empresa Barcelona Holding Olímpico S.A., RETEVISION, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Corporación Bancaria de España S.A., Argentaria, el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, el ente público Puertos del Estado, las Autoridades Portuarias, la Sociedad Estatal de Infraestructura y Equipamientos Penitenciarios S.A., el Consejo Económico y Social, el Banco de España, la Corporación de Reservas Estratégicas (5), etc.

El Derecho Administrativo es, sin duda, un instrumento imper-

régimen, sino en que los resultados de la gestión de la empresa privada repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario. La Administración, por contra, dispara siempre con «pólvora del Rey», con financiación pública ilimitada, sin auténtico riesgo empresarial. Vid. S. DEL SAZ, *Desarrollo...*, op. cit., pág. 177.

(4) Las EPPER son un extendido instrumento de intervención que emplean las Administraciones públicas con el fin de promover el desarrollo económico regional. El impulso estatal inicial se concretó en las «Sociedades de Desarrollo Industrial» (SODI): SODIGA, SODIAN, SODICAN, SODIEX, SODICAL, SODICAMAN, SODIAR. La implantación del modelo autonómico trasladó después el protagonismo a las CC.AA.: SPRI, Instituto de Fomento de Andalucía, SOPREA, SOPROMUR, Instituto de Fomento de la Región de Murcia, Instituto de Fomento Regional del Principado de Asturias, Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, Sociedad Regional de Reconversión, SITEGA, CIDEM, Instituto de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Cataluña, IMPIVA, ITVA, SODERCAN, IMADE, Sociedad de Fomento Regional de Castilla-La Mancha, SODENA, Sociedad de Fomento Industrial de Extremadura, Instituto Balear de Promoción del Turismo, Instituto Aragonés de Fomento, Parque Tecnológico de Boecillo S.A., Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León. El resultado es, como vemos, la existencia de más de una treintena de organizaciones públicas instrumentales, cuyo único objeto es la promoción del desarrollo económico regional mediante la concesión de ayudas. Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, op. cit.

(5) Sobre esta nada pacífica Corporación, vid. J. M. SALA ARQUER, *La liberalización del monopolio de petróleos en España*, Marcial Pons, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995, págs. 113-114; J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero español: Análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público (pro manuscrito)*, Valladolid, 1994, págs. 575 y ss. (tesis doctoral).

fecto para ordenar adecuadamente la realidad compleja que constituye la Administración pública en nuestros días: esa Administración pública que —desde la cuna hasta la sepultura— acompaña al ciudadano. Sin embargo, no se ha inventado nada mejor, o lo que es lo mismo, las alternativas son mucho peores.

El Derecho Administrativo —sin perjuicio de la conveniencia de su reforma y adaptación allí donde ésta sea necesaria— es el fruto de la sabiduría acumulada durante siglos, especialmente desde que la Revolución francesa sentara las bases jurídico-constitucionales para el efectivo sometimiento del Poder a la norma. El Derecho Administrativo es, por tanto, antes que nada, un caudal de experiencia en la organización del Poder público y en la regulación de sus relaciones con los ciudadanos; es una manifestación *cultural* de primer orden, que permite la resolución pacífica de estos conflictos (6).

No basta la buena voluntad de servir al interés general: es necesario un régimen jurídico que lo garantice. Y en este sentido el régimen administrativo representa un equilibrio entre la más eficaz consecución del interés público y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos (7). El Derecho Administrativo —dice P. WEIL— está orientado a la realización cotidiana de un auténtico milagro: hacer compatible el poder con la libertad, el interés público con el interés privado y asegurar la convergencia de tan dispares exigencias en un cierto punto de equilibrio. Y, durante dos siglos, contra todo pronóstico, el Derecho Administrativo ha convertido ese milagro en rutina (8).

Pues bien, todo esto se va, como el agua por el desagüe, cuando la Administración pública actúa con formas o en régimen jurídico-privado. Y es que, aunque el Derecho privado —inundado por normas garantistas, de *ius cogens*— ya no es el que era, lo cierto es que sigue estando pensado —y así debe seguir siendo— para personas que pueden regir sus actos por el principio de autonomía de la voluntad, algo que evidentemente no pueden hacer las Administraciones públicas.

(6) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 132.

(7) «Frente a los lenguajes difuminadores de la vieja *summa divisio* del Derecho, cada vez nos parece más importante afirmar la distinción entre el Derecho privado y el Derecho público con claridad y contundencia, ahondando en sus fundamentos y consecuencias.» Cfr. J. C. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, Prólogo a mi libro *Las Empresas...*, *op. cit.*, pág. 13.

(8) Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *Discrecionalidad y Arbitrariedad*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991, pág. 127.

De ahí que la sumisión de la Administración pública al Derecho privado resulte sumamente problemática. Desde los presupuestos de nuestro ordenamiento jurídico —como a continuación vamos a ver—, la elección de las formas y regímenes jurídico-privados no permite garantizar los principios públicos necesarios en toda actuación de la Administración, o lo que es lo mismo, no es garantía suficiente de que la actuación de la Administración sólo va a perseguir los intereses generales, dentro del respeto a los derechos y legítimos intereses de los particulares y, muy especialmente, a los derechos fundamentales (9). El peligro es, por tanto, que la Administración se refugie en el Derecho privado para escapar de las vinculaciones que el Derecho público específicamente ha creado para ella (*Die Flucht ins Privatrecht*) (10).

La clave, una vez más, está en que la Administración pública no debe asumir más funciones que las estrictamente necesarias, pero en éstas —como garantía del Estado de Derecho y del interés general— su presencia resulta insustituible. Quienes conocen de cerca a la Administración pública saben muy bien cuáles son sus carencias, pero también cuáles son sus virtudes. Con todas sus precariedades —que hay que superar—, sólo esa mezcla, a veces explosiva, de políticos y funcionarios que constituye la Administración pública, con sujeción a su Derecho propio y específico, reúne las condiciones mínimas de profesionalidad, objetividad e imparcialidad necesarias para realizar las tareas que tiene encomendadas.

(9) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la aplicación del Derecho público es garantía sólo cuando éste se encuentra desarrollado y troquelado por los principios constitucionales. Piénsese, si no, en el plus de garantía que significó para los particulares la aplicación de la doctrina del Fisco en el mundo germánico. Junto a los actos que el Estado emanaba en cuanto tal, como Poder público, irreductibles a la norma, había actos que realizaba como podía hacerlo cualquier particular, en régimen de igualdad. La sumisión al Derecho de estos últimos debía ser procurada sin con ello atentar a la idea absoluta del Estado. A este fin, el centro de imputación se desdobló: al lado del Estado, de quien emanaban los actos del Poder, sustraídos al Derecho, surgió la persona del Fisco, cuyos actos no suponían mandatos, eran privados, fiscalizables por los Tribunales. Más aún, incluso las actuaciones que como Poder realizaba el Estado, en su vertiente económica, si la tenían, recaían sobre el Fisco, quien respondía de éstas. En este contexto, el sometimiento del Poder al Derecho privado significaba su sometimiento al Derecho. Puede verse la doctrina del Fisco en O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, I, Depalma, Buenos Aires, 1949, págs. 59 y ss. Vid. también D. EHLERS, *Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts*, DVBl., 1983, págs. 422 y ss.

(10) Esta afortunada expresión, de uso hoy generalizado, fue acuñada por Fritz FLEINER (*Institutionen des Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., 1928, pág. 326). Vid. D. EHLERS, *op. cit.*, pág. 422, nota 2.

II. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELEVANCIA PARA DEFINIR EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN

La valoración de la discutida libertad de la Administración de elección de formas y regímenes jurídico-privados (11) está en función del alcance y consecuencias que dicha decisión entrañe. Y ello, como decimos, depende fundamentalmente de la definición de la Administración pública. A este respecto, la comprensión material se contrapone a la jurídico-formal.

A) *La comprensión material de la Administración pública*

Hay una tendencia doctrinal —especialmente desarrollada en el mundo germánico— que rechaza la concepción del Derecho Administrativo orientada exclusivamente hacia la forma, que únicamente permite considerar como administrativa la actividad que se expresa en relaciones jurídico-públicas. El valor que tiene la concepción funcional y material (12) —dice el profesor GALLEGO ANABITARTE— es recuperar y someter a ciertos límites jurídico-administrativos una actividad aparentemente privada, pero bajo la cual yace realmente Administración material (13). En esta línea, MENÉNDEZ REXACH insiste en que lo definitorio son los fines públicos —la consecución de los intereses generales—, no las formas jurídicas, ni los medios instrumentales utilizados para ello, que tienen un carácter relativo (14). En definitiva, de lo que se trata es de controlar y encauzar la huida de la Administración al Derecho privado, a la que la comprensión material cierra el paso.

Como consecuencia de este planteamiento, fundamentalmente en

(11) Vid. C. GUSY, *Freiheit der Formenwahl und Rechtsbindung der Verwaltung*, Jura, 1985, pág. 579; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 1988, págs. 26 y 27; H. U. ERICHSEN, *Das Verwaltungshandeln*, en «Allgemeines Verwaltungsrecht», Hrsg. von H. U. ERICHSEN, W. MARTENS, 8. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1988, págs. 356 y ss.

(12) Vid. noticia de los intentos doctrinales de individualizar la función administrativa a lo largo de la historia en J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 37 y ss.

(13) Este planteamiento, sin embargo, no significa la exclusión, sino el complemento del dato jurídico-formal, que sigue siendo la base del Derecho Administrativo. Vid. A. GALLEGU ANABITARTE, *Memoria sobre concepto, método, programa y fuentes del Derecho Administrativo*, III (pro manuscrito), pág. 989. Vid. también J. M. DÍAZ DE LEMA, *Subvenciones y Crédito Oficial*, IEF e ICO, Madrid, 1985, págs. 277 y ss., especialmente 321 y ss.

(14) Vid. A. MENÉNDEZ REXACH, *Proyecto docente e investigador (pro manuscrito)*, 1990, pág. 92.

la doctrina alemana, algunos autores van a tratar de proyectar vinculaciones públicas sobre la totalidad de la actividad administrativa, con independencia de la forma jurídica elegida. Otros autores van a exigir dichas vinculaciones exclusivamente respecto de la actividad de prestación y dirección.

1. *La vinculación pública de la total actividad de la Administración.*

Para estos autores, el razonamiento parte de la gravedad que tiene el sometimiento de la actuación de la Administración exclusivamente al Derecho privado. ¿Puede la Administración en régimen jurídico-privado actuar libremente, como lo haría cualquier particular, sin mayores sujeciones que las que a éste se imponen? ¿Podría la Administración operar con criterios discriminatorios, de favorecimiento de ciertas tendencias políticas, por ejemplo, o simplemente al margen de la lógica del mercado cuando no existan razones objetivas para ello sólo por el hecho de actuar en régimen de Derecho privado o, incluso, a través de una empresa mercantil, en muchos casos controlada al cien por cien por ella misma?

La reflexión sobre estas cuestiones ha llevado a algunos autores a defender la extensión de las vinculaciones públicas —la vigencia de los derechos fundamentales— a la totalidad de la actuación de la Administración en régimen jurídico-privado. En esta línea, MALLMANN en la reunión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público de 1960 combatió el tradicional concepto del *Fisco*, afirmando la permanente vinculación del Poder público a los intereses generales, también cuando éste participa en el tráfico jurídico-privado. Más aún, en rigor —dice este autor—, el Estado no tiene ningún asunto privado y, en consecuencia, tampoco tiene autonomía privada como un particular. La Administración «fiscal» es también Poder Ejecutivo en el sentido del artículo 1.3 LF y, por tanto —aunque con menor intensidad—, está también vinculada a los derechos fundamentales. En esta reunión, también ZEIDLER sostuvo la vinculación de la Administración «fiscal» a los derechos fundamentales, excepción hecha de su actuación económica, incompatible con tales vinculaciones (15). Sea como quiera, lo cierto es que estas opiniones en

(15) Recientemente, MAURER se cuestiona también el tema. No sería admisible que, por ejemplo, una empresa fuera postergada de la contratación pública exclusivamente en base a razones políticas. Por tanto, parece que al menos una vinculación al artículo 3.3 LF debería afirmarse. Vid. H. MAURER, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 6. Aufl., C. H. Beck, München, 1988, pág. 27.

nuestro país no han sido planteadas y en Alemania no encontraron buena acogida (16).

2. *El «Derecho privado administrativo»*
(*Verwaltungsprivatrecht*).

Con apoyo en los trabajos de SIEBERT y WOLFF, un sector importante de la doctrina alemana pone el acento en la distinción —en base al criterio de las tareas o fines que la Administración persigue— de dos tipos de actividades en régimen de Derecho privado, cuyo diferente signo será tomado como presupuesto para defender la aplicabilidad de regímenes jurídicos diversos (17).

En primer lugar, la Administración utiliza el Derecho privado para la realización de una serie de actividades que no van directamente orientadas a la consecución de los fines públicos que el ordenamiento específicamente le atribuye. Estas, a su vez, se desdoblán en dos clases de actividades. Por un lado, hay actuaciones que tienden a procurar los elementos materiales necesarios para el funcionamiento de la maquinaria administrativa: compra de libros para las Universidades, coches para la policía, gasolina para el Ejército, construcción de una escuela, contratación de personal laboral, etc. (*privatrechtliche Hilfsgeschäfte der Verwaltung*). Por otro, la Administración lleva a cabo una actuación económica de mercado, guiada por principios de esta naturaleza y movida por el ánimo de lucro (*erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung*).

(16) Vid. las distintas posturas que se barajaron en esta reunión en «Schranken nichtthoheitlicher Verwaltung», cuaderno 19, del año 1961, de las VVDStRL, págs. 165 y ss. Vid. también la noticia de este encuentro que hacen D. JESCH y J. C. REISMÜLLER publicada en «JZ», 1961, págs. 35 y 36.

(17) Vid. todo ello en H. J. WOLFF, O. BACHOF, «Verwaltungsrecht», I, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 1974, págs. 104 y ss.; W. SIEBERT, «Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung», en los *Estudios en homenaje a Hans NIEDERMEYER*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1953, págs. 215 y ss.; MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 3.1, op. cit.; H. MAURER, op. cit., págs. 24 y ss.; W. WERTENBRUCH, *Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht*, «JuS», 1961, págs. 105-110.

En España, vid. M. BALLBÉ, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», voz *Derecho Administrativo*, vol. I, Seix, Barcelona, 1950, pág. 72. Desde un enfoque teleológico-material, en nuestros días, parte de la doctrina española también advierte la heterogeneidad que subyace al fenómeno de la aplicación del Derecho privado a la actividad de la Administración, distinguiendo con matices la actividad administrativa sometida al Derecho privado de la actividad privada del Estado. Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, op. cit.; A. MENÉNDEZ REXACH, op. cit., pág. 92; J. M. DÍAZ LEMA, op. cit., págs. 277-339.

También la doctrina italiana distingue los distintos tipos de actividad de la Administración en regímenes jurídico-privado. Vid. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di Diritto privato*, Padova, 1933; R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 221 y ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, págs. 445 y ss., 655 y ss.

En uno y otro caso, la Administración no actúa como Poder Ejecutivo, por lo que en principio disfruta de una autonomía privada sólo constreñida por los fines, que en todo caso han de ser públicos. Ciertamente, se es consciente de que la Administración nunca ocupa la misma posición que los restantes intervinientes en el tráfico jurídico, ya que su propia condición vincula sus actuaciones al interés de la colectividad y da entrada en su régimen jurídico a privilegios y cargas (18). Ahora bien, con estas matizaciones, el régimen jurídico aplicable es —salvo previsión normativa expresa— el Derecho privado, sin vinculación a los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Administración puede tratar de satisfacer de manera directa los fines públicos —de prestación y dirección— que el ordenamiento jurídico específicamente le ha atribuido, sirviéndose para ello del Derecho privado (*Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts*). Pues bien, en este caso —dice Hans J. WOLFF—, aunque formalmente lo sea no puede entenderse que se produce una actuación «fiscal» de la Administración pública (*«so ist das zwar formell, nicht aber mehr inhaltlich "fiskalische" Tätigkeit»*) (19) También en esta línea FORSTHOFF insiste en que debe ser diferenciada la actuación «fiscal» de la Administración de la *Daseinsvorsorge* a través de empresas económicas (20). Estas últimas, en todo caso —también cuando intervienen bajo fórmulas jurídico-privadas—, son Administración pública en sentido material y como tal actúan (21).

La consecuencia de este planteamiento es que en estos casos rige un particular régimen jurídico —el «Derecho privado administrativo» (*Verwaltungsprivatrecht*)—, cuya peculiaridad radica en el mantenimiento dentro del entramado jurídico-privado de una serie de vinculaciones y responsabilidades públicas que van a acompañar a la actuación de la Administración, restringiendo su autonomía (*Der Verwaltung stehen nur die privatrechtlichen Rechtsformen, nicht die Freiheiten und Möglichkeit der Privatautonomie zu*). La Administración actúa en formas jurídico-privadas —dice plásticamente Walter JELLINEK— por las mismas razones por las que un agente de policía en determinadas situaciones cambia el uniforme por la ropa civil:

(18) Vid. H. J. WOLFF, O. BACHOF *op cit.* págs. 106 y ss.

(19) Cfr. H. J. WOLFF, O. BACHOF *op cit.*, pág. 108.

(20) Se trata de aquellas empresas que directamente ofrecen prestaciones útiles, esenciales o no, a la generalidad o a un ámbito concreto de personas determinado con criterios objetivos (gas, electricidad, agua, teatros, institutos de educación etc.)

(21) *«alle öffentliche Daseinsvorsorge in diesem Sinne ist öffentliche Verwaltung, gleichgültig, in welchen Formen sie ausgeübt wird»*. Cfr. E. FORSTHOFF *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I Band, C. H. Beck München und Berlin, 1956, pág. 306

para lograr una mayor libertad de movimientos (22). El simple cambio de vestidura no puede, pues, servir para que el Poder público se libere de la vinculación a los derechos fundamentales y a los principios de actuación administrativa (23).

En nuestro país, esta comprensión no puede, sin embargo, apoyarse sobre bases firmes. Nuestro sistema cuenta con la depurada obra de ingeniería jurídica que es el servicio público, que hace innecesaria la construcción del «Derecho privado administrativo» (24). El régimen jurídico contractual de la Administración pública, por otra parte permite garantizar la vigencia de los contenidos jurídico-públicos en la fase *in fieri* del contrato, lo que viene a proporcionar una cobertura jurídica superior a la que ofrece el «Derecho privado administrativo». Además, la diferenciación de distintos tipos de actuación de la Administración en régimen jurídico-privado, a mi modo de ver, enturbia más que aclara. Aunque las distintas intervenciones de la Administración bajo este régimen persiguen objetivos diversos, todas ellas, sin embargo —por el hecho de proceder de la Administración—, comparten un núcleo de principios y exigencias comunes, circunstancia ésta que las clasificaciones oscurecen. Se pierde de vista que la total actividad de la Administración es relevante para el Derecho Administrativo. En suma, aunque muy extendida, la *Verwaltungsprivatrechtslehre* tampoco ha recibido un reconocimiento generalizado en la doctrina alemana. Esta teoría ha sufrido

(22) Vid. W. JELLINEK, «Verwaltungsrecht», 3. Aufl., Lehrmittel, Offenburg, 1948, pág. 25.

(23) Se cita a este respecto la sentencia del *Bundesgerichtshof (Zivilsachen)*, 52, pág. 325, en la que se sanciona la vinculación al artículo 3 I LF —igualdad en la fijación de las tarifas— de una empresa de tranvías con forma de sociedad anónima, pero participada en su totalidad por un municipio. Vid. también *BGHZ*, 29, págs. 76 y ss.; *BGHZ*, 65, págs. 284 y ss.; *BVerfGE* 12, págs. 246 y ss. Vid. H. MAURER, *op cit.*, pág. 27; H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, C. H. Beck, 6. Aufl., München und Berlin, 1965, págs. 93 y 94; I. VON MÜNCH, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. von H. U. ERICHSEN, W. MARTENS, 8. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1988, pág. 53.

(24) El servicio público ha recobrado de nuevo actualidad, dentro y fuera de nuestras fronteras. Vid. entre las aportaciones más recientes C. CHINCHILLA MARÍN, «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 943 y ss.; I. DEL GUAYO CASTIELLA, *El servicio público del gas*, Marcial Pons, Madrid, 1992; G. ARINO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 275 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, *El Derecho de la posprivatización. La regulación económica en España*, septiembre 1993 (pro manuscrito); F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993; H. A. MAIRAL, *La ideología del servicio público*, «Revista de Derecho Administrativo», Depalma, núm. 14, 1993, págs. 359 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en Derecho español*, núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 7 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, 1994, págs. 198 y ss., y *El mercado interior de transportes. Su incidencia en el Derecho interno*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 121, 1995, págs. 61 y ss.

crecientes críticas, que —aunque formuladas desde puntos de vista muy distintos— han venido a poner de manifiesto sus insuficiencias dogmáticas (25).

B) *El concepto jurídico-formal de Administración pública. La naturaleza material de la actividad o sus especiales circunstancias como fundamento y criterio de valoración*

La solución al problema de la vigencia de los principios públicos necesarios para el buen fin de las actividades administrativas desarrolladas en régimen de Derecho privado, a mi juicio, no puede desconocer que, en último término, el dato que decisivamente considera el ordenamiento es el jurídico-formal (26). También en esta línea se pronuncia SALA ARQUER (27). Y es que, al final, lo determinante no es la existencia de una actividad que sustancialmente reúna las condiciones propias de lo administrativo, sino el reconocimiento y la particular configuración que el ordenamiento jurídico hace de ésta. En definitiva, es el dato jurídico-formal, «la forma en que el ordenamiento jurídico trata y regula su actividad», el decisivo. Si las normas no operan «formalmente» una definición pública de la actividad, considerándola tal y sometiéndola al Derecho Administrativo, será muy difícil después contar con medios distintos del Derecho común para instrumentar las relaciones y situaciones jurídicas que de ella dimanen. Además, podría añadirse que las actividades administrativas han de ser referidas a un Poder público. En resumen, es la adscripción a un Poder público de funciones administrativas —reconocidas y amparadas como tales por normas de este carácter— el factor determinante que nos descubre la existencia jurídica de actividad administrativa.

El carácter decisivo que reconocemos al elemento jurídico-formal —sin el cual, desde un punto de vista jurídico, ni hay Administración pública ni actividad administrativa— en modo alguno autoriza a obviar la consideración de la naturaleza de la actividad. Esta perspecti-

(25) Vid. I. VON MÜNCH, *op. cit.*, pág. 31; V. EMMERICH, *Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand*, «JuS», 1970, pág. 335; D. EHLERS, *op. cit.*, págs. 424 y ss.; G. PÜTTNER, *Die öffentlichen Unternehmen*, Richard Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, 2. Aufl., 1985, págs. 91 a 93 (vid. mi recensión de este libro en el núm. 120 de esta REVISTA); M. WALLERATH, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 3. Aufl., Reckinger & Co., Siegburg, págs. 31 y 32. Vid. todo ello con detalle en J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, *op. cit.*, págs. 305 y ss.

(26) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 84 y ss. y 136 y ss.

(27) Vid. J. M. SALA ARQUER, *Huida...*, *op. cit.*, pág. 408.

va es fundamental en el Derecho Administrativo. Ella es precisamente la que da razón del surgimiento de la Administración pública. es la realidad material de las funciones —dice MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ— lo que «constituye el *fundamento* de una forma de organizar el Poder público que da lugar a la emergencia de la Administración contemporánea» (28).

Como puede verse, la perspectiva material tiene una trascendencia que aquí no se niega. Lo que ocurre es que hay que darle el valor que le corresponde y no otro. Con este planteamiento lo que hacemos es trasladar toda la relevancia a la decisión misma de sumisión al Derecho privado. Es en este momento, no después, cuando debe operar la óptica de la índole material de la actividad, permitiendo o no su ordenación por el Derecho común.

Hasta tal punto esto es así que puede sostenerse que determinadas actividades —por sus características intrínsecas o por las especiales circunstancias que las rodean— solamente deben ser llevadas a cabo por la Administración pública de manera directa y por medio del régimen jurídico que se construye específicamente para que ésta se organice y lleve a cabo sus funciones, esto es, por el Derecho Administrativo. Lo importante es, pues, decidir si la índole material de algunas actividades consiente su sumisión al Derecho privado o si, por el contrario, reclaman la aplicación del Derecho público.

III INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA FALTA DE GARANTÍAS QUE SUPONE LA HUIDA DE LA ADMINISTRACION AL DERECHO PRIVADO

La renuncia a la comprensión material de la Administración pública obliga a buscar alternativas que den respuesta a la necesidad de construir un régimen jurídico que garantice los fines públicos y los derechos de los particulares en la actividad administrativa. A este respecto se ofrecen distintas soluciones.

A) *Teoría del doble nivel (Zweistufenlehre)*

La teoría del doble nivel es una doctrina de origen alemán, que fue primero formulada por el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) y después perfeccionada por IPSEN (29). Aun-

(28) J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, *Introducción*, op cit., pág. 85.

9) Vid. H. P. IPSEN, *Öffentliche Subventionierung privater*, Carl Heymanns, Berlin, Köln, 1956 págs 66 y ss y 83 y ss.

que su ámbito de aplicación característico son las ayudas, no hay inconveniente en extenderlo a todo tipo de prestaciones públicas. En su virtud, la decisión acerca de la realización o no de una prestación pública (*das «Ob»*) pertenece al Derecho público —se concreta en un acto administrativo—; su desarrollo y ejecución (*das «Wie»*) discurre, en cambio, en formas y régimen jurídico-privado. Con ello se consigue la entera vinculación del Poder público a los derechos fundamentales ya en el primer nivel (30).

La asunción y, más aún, la generalización de esta doctrina no es algo recomendable. No debe perderse de vista que el recurso a las normas privadas —el doble nivel— se justificó en su país de origen por la carencia en el Derecho público de formas de intervención adecuadas. Esta necesidad se sintió especialmente al final de la Segunda Guerra Mundial, momento en que el instrumental público no era satisfactorio para ordenar las relaciones jurídicas de prestación entre la Administración y los ciudadanos. Tomó así cuerpo la *Zweistufenlehre*. Sin embargo, es sintomático observar que con el reconocimiento del contrato administrativo en las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los Estados, éste es recomendado como solución superadora de esta doctrina (31). En definitiva, se tiene la conciencia de estar empleando un puro artificio jurídico —no se pueden separar nítidamente los dos niveles—, por lo que se recomienda eludir esta técnica siempre que sea posible la configuración pública unitaria de la relación. Además, no es aplicable en los casos en que la Administración se sirve de fórmulas organizativas privadas —sociedades mercantiles—, ya que su configuración jurídica no permite una decisión jurídico-pública sobre el *Ob* de la prestación (32).

En resumen, la doctrina del doble nivel no puede ofrecerse como un remedio general frente a las deficiencias que plantea la actuación de la Administración en régimen jurídico-privado (33).

(30) Vid. MAUNZ-DERIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 3.1, C. H. Beck, München, pág. 217.

(31) Vid. H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 357; F. ZEJSCHWITZ, *Rechtstaatliche und prozesuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts*, «NJW», 1983, págs. 1873 y ss.

(32) Vid. M. WALLERATH, *op. cit.*, págs. 32 y ss.; W. SCHAUMANN, *Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht*, «JuS», 1961, págs. 111 y ss.; R. STÖBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I, 4. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1986, págs. 267 a 269.

(33) Sobre la acción concertada, que en nuestro país plantea una problemática hasta cierto punto similar, vid. A. GALLEGU ANABITARTE, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración», en el *Libro-Homenaje al profesor Juan GALVÁN ESCUTIA*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, págs. 191 y ss.; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *La educación en libertad y el concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995 (en prensa).

B) *Vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (Drittwirkung)*

La consolidación de una general *Drittwirkung*, esto es, la afirmación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, vendría también a solucionar el problema. Dado este paso, es claro que nada habría ya que discutir acerca de la vinculación de la actuación de la Administración pública en régimen jurídico-privado a los derechos fundamentales. Sin embargo, en el mejor de los casos, es ésta una doctrina a construir, actualmente plagada de indefinición e inseguridades, que en nuestro país dista mucho de haber encontrado una acogida pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia (34).

La afirmación positiva indiscriminada de los derechos fundamentales —pensados en principio como derechos frente al Poder público— en las relaciones entre particulares plantea problemas insolubles. Aparte de las dificultades procesales que acompañan a la *Drittwirkung* —que afectan a la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos fundamentales cometida por particulares—, lo cierto es que esta doctrina no se consolida por razones sustantivas. Una cosa es que los valores y principios que encarnan los derechos fundamentales deban proyectarse sobre todo el universo jurídico, de manera que ninguna institución o relación jurídica —pública o privada— pueda estar en flagrante contradicción con ellos, y otra cosa es que, de ahí, pueda afirmarse una general *Drittwirkung* en las relaciones entre particulares. A mi modo de ver, la influencia de los derechos fundamentales en el mundo jurídico-privado penetra a través de las normas imperativas que se encuentran en este ámbito, que restringen la autonomía de la voluntad en atención a las leyes, la moral, el orden público, las buenas costumbres, etc. (35). Más aún, el Poder público debe desple-

(34) Con carácter general puede decirse que la *Drittwirkung* tampoco se ha afirmado, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia constitucional alemana, país al que se debe su formulación, obra de NIPPERDEY. Vid. H. C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, «RdA», 1950, págs. 121 y ss. Mucho más restrictivamente, W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München, 1960, págs. 198 y ss. y 306 y ss.

Vid. el problema planteado en Italia en M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, págs. 662-663. Vid. en España la monografía de J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986; T. DE LA CUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981; J. M. DÍAZ LEMA, *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, núm. 120 de esta REVISTA, págs. 81 y ss.; J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2 tomos, Valladolid, 1994 (tesis doctoral).

(35) Esta es la línea que se contiene en la conocida sentencia *Lüth-Urteil* del Tribunal

gar una actuación activa, promoviendo las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). No creo que se pueda ni conven- ga ir más lejos. La afirmación de una general *Drittwirkung*, primero, haría inviable el tráfico jurídico-privado y, segundo, conduciría a una restricción sustancial de la autonomía de la voluntad y, en definitiva, de la libertad propia del mundo jurídico-privado, que quedaría en la práctica desconocida.

C) *Suficiencia del Derecho privado*

Finalmente, podría también pensarse que la aplicación estricta del Derecho privado —especialmente de las normas sobre competen- cia— ofrece una garantía bastante para la actuación de la Adminis- tración. Esta es la postura que en Alemania ha mantenido EM- MERICH, quien —como reacción a la *Verwaltungsprivatrechtslehre*— apuesta por la suficiencia del Derecho privado para garantizar la vi- gencia de los derechos fundamentales en la actuación jurídico-privada de la Administración (36). Ello es preferible a la aplicación de la doc- trina de H. J. WOLFF, que en último término significa liberar a la em- presa pública de las vinculaciones propias del Derecho privado, lo que, dada la importancia que tiene la intervención pública económica, acaba suponiendo una seria amenaza para el propio orden jurídico- privado (37). Por todo ello —dice este autor—, debe ser replanteada la vigencia de los derechos fundamentales en la actuación económi- ca del Poder público. La función supuestamente asignada a los dere- chos fundamentales puede ser satisfecha, al menos parcialmente, por el propio Derecho privado, que en el marco de la defensa de la competencia (*Kartellgesetz*) contiene ya una estricta prohibición de discriminación que afecta a las empresas con una posición de mer- cado dominante. Pues bien, si se toman en cuenta los privilegios de que gozan las empresas públicas, fácilmente se concluye que éstas

Constitucional alemán de 15 de enero de 1958 (BVerfGE, 7, págs. 198 y ss.). La referencia ha sido tomada de J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pág. 30.

Muy próximo a esta posición se mueve DÜRIG, quien defiende una *Drittwirkung*, que ha sido calificada como indirecta (*mittelbare Drittwirkung*). Vid. DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 3.1, números marginales 475 y ss. Vid. también en esta línea J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971.

(36) Vid. todo ello en V. EMMERICH, *op. cit.*, págs. 332 y ss.

(37) En contra, EHLERS: el Poder público como regla general también tiene que some- terse a las normas de Derecho privado cuando actúa: con formas jurídicopúblicas. Vid. D. EHLERS, *op. cit.*, pág. 428.

ocupan una posición singular —nunca actúan en el mercado en igualdad de condiciones—, lo que lleva al reconocimiento de todas ellas como empresas con posición dominante en el sentido de la ley de defensa de la competencia. La prohibición de discriminación que contienen estas normas hace innecesaria una vinculación adicional de las empresas públicas al principio constitucional de igualdad (art. 3 I LF), al que en último término acaba reduciéndose toda la discusión. Más aún, evita su rigidez —totalmente incompatible con la competencia económica— y proporciona una más intensa protección de los particulares de cara a las indemnizaciones por los perjuicios eventualmente sufridos.

En nuestro país, BORRAJO ha destacado también el rigor de la normativa privada (38). La aplicación del Derecho civil, laboral o mercantil no equivale a la total y absoluta liberación de la Administración frente a cualquier tipo de control. Para empezar, la Administración actúa en régimen jurídico-privado como «administradora de intereses ajenos», lo que significa que el Derecho privado que resulta aplicable no es el de los propietarios, sino el de los administradores, de donde —desde el propio Derecho privado— resultan importantes vinculaciones para la actuación de la Administración. Por otra parte, el nuevo Derecho privado condiciona en nuestros días en alta medida la actuación de los operadores jurídicos con un importante caudal de normas de *ius cogens* que limitan la libertad individual, a fin de proteger a los empleados, consumidores o usuarios. Además, BORRAJO —apoyándose en algunas sentencias del Tribunal Constitucional (39)— entiende que *ex Constitutione* son de aplicación a la Administración, incluso cuando actúa a través de fórmulas mercantiles, una serie de deberes que vinculan su actuación. En suma, el Derecho comunitario europeo impone límites a la actuación pública —sea cual sea su régimen jurídico— en materia de contratación, ayudas públicas, empleo público, etc. En consecuencia, la «huida al Derecho privado» fruto del camaleonismo administrativo —dice este autor— no es la «huida del Derecho», incluso ni siquiera la «huida del Derecho público», sino la «huida de las leyes administrativas». Todo ello,

(38) Vid. I. BORRAJO INESTA, *op. cit.*, págs. 233 y ss.

(39) Las sentencias citadas por BORRAJO son las siguientes: STC 35/1983, de 11 de mayo; STC 161/1991, de 18 de julio; STC 14/1986, de 31 de enero. Es verdad que en estas sentencias el Tribunal no se atiene a una perspectiva estrictamente formal del Poder público. Con todo, es certera la observación de SALA ARQUER acerca de la necesidad de no confundir las empresas públicas gestoras de servicios públicos —la primera de las sentencias citadas resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a una actuación de TVE S.A.— y las empresas públicas que operan fuera de dicho marco jurídico (J. M. SALA ARQUER, *op. cit.*, págs. 410-411). En las empresas gestoras de servicios públicos la garantía es el propio servicio público, que dicta un régimen jurídico específico, de marcado carácter público (J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, *op. cit.*, págs. 330-331).

en realidad, conduce a la elaboración jurisprudencial de un nuevo Derecho privado adecuado a las Administraciones públicas, que les obligue a actuar con sometimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En suma, la efectividad de este nuevo Derecho no necesariamente debe confiarse a la jurisdicción contencioso-administrativa: el control judicial de la Administración puede ser efectuado por cualquiera de los órdenes jurisdiccionales que existen o que cree la ley.

Esta posición —que apuesta por la suficiencia del Derecho privado— contiene elementos que, a mi juicio, son de gran interés. Estas posturas destacan con acierto el rigor de las normas jurídico-privadas —especialmente las de la competencia— cuando éstas son aplicadas a los agentes públicos (40). Hasta tal punto esto es así que, como después veremos, la actuación de la Administración en régimen de mercado justifica y, a mi modo de ver, también legitima el recurso al Derecho privado. Sin embargo, el problema es que no siempre existe mercado. La Administración recurre a las fórmulas organizativas jurídico-privadas para realizar una pluralidad de tareas que son específicamente administrativas y que, por tanto, se desenvuelven al margen de la competencia. Por otra parte, en ningún caso es posible equiparar el rigor de la normativa pública con las normas privadas, por exigentes que éstas aparezcan en muchos casos (41).

IV. LA ÚNICA SOLUCIÓN POSIBLE: LA CONTENCIÓN DE LA ACTUACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN

A) *Negación de la libertad de la Administración de elección de regímenes jurídicos*

Ante la imposibilidad de mantener una comprensión teleológico-material de la Administración pública, su sumisión al régimen jurídico-privado plantea problemas casi insolubles. Las construcciones doctrinales que tratan de ofrecer soluciones a esta cuestión, o no se sostienen dogmáticamente, o son insatisfactorias en sus resultados prácticos. De ahí que, a mi modo de ver, la única alternativa es poner freno a la utilización del Derecho privado por la Administración.

(40) En este sentido, también SALA ARQUER reconoce que «el nuevo Derecho mercantil ya no es ese paradigma de flexibilidad y autonomía de la voluntad que a veces se describe, sino un ordenamiento en el que proliferan los controles, auditorías externas, búsqueda de la transparencia y competitividad, y protección de los consumidores». Cfr. J. M. SALA ARQUER, *op. cit.*, pág. 403.

(41) Vid. una crítica a la postura de BORRAJO en S. DEL SAZ CORDERO, *La huida...*, *op. cit.*, págs. 82 y ss.

Es, pues, necesario reaccionar frente a la renuncia habitual e incontrolada de la Administración a su Derecho, cuya problemática no viene pasando inadvertida (42). La actuación de la Administración en régimen jurídico-privado no sólo canaliza una dosis importante de fondos públicos, sino que a través de ella puede llegar a condicionarse en medida no desdeñable la vida social y económica, incidiendo de manera intensa en algunos sectores y, con ello, en último término afectando a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Parece necesario recordar en nuestros días que el Derecho Administrativo está hecho a la medida de la Administración pública, de sus exigencias y servidumbres; de ahí que se configure como su Derecho común y normal y que sus normas tiendan a cubrir de manera exhaustiva sus necesidades de régimen jurídico. Es necesario cuestionar la libertad de la Administración de elección entre las fórmulas públicas y privadas (43). Desde un punto de vista dogmático, no es sostenible una incondicionada libertad de elección de la Administración, a la que no se puede reconocer la facultad de prescindir a voluntad del régimen jurídico específicamente creado para ella. La Administración debe organizarse y actuar aplicando el Derecho Administrativo, que es el único cuerpo normativo construido para favorecer a un tiempo la consecución del interés general y los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos.

El Derecho privado, en cambio, no garantiza la finalización de la actividad de la Administración a la satisfacción de los intereses generales, que constituyen su única causa justificativa (art. 103.1 CE) (44). El recurso al régimen e instituciones jurídico-privadas debe, pues, ser una solución excepcional, a justificar en cada caso, que además precisa de un reforzamiento de los controles y responsabilidades. No

(42) Vid. en este sentido, en Alemania, D. EHLERS, *op. cit.*, págs. 422 y ss.

(43) Se han puesto serias objeciones a la *Wahlfreiheit*, ya que el régimen jurídico viene condicionado por la forma elegida. ¿Es admisible que la Administración elija la forma jurídica más beneficiosa si ello supone una minoración de los derechos de los particulares? (vid. PESTALOZZA, *Formenmissbrauch des Staates*, 1973, págs. 166 y ss.; F. OSSENBÜHL, «JuS», 1979, pág. 686). La forma jurídica condiciona el procedimiento, la responsabilidad, las vinculaciones jurídicas, la competencia judicial (vid. R. STÖBER, *op. cit.*, pág. 264; C. GUSY, *op. cit.*, pág. 579). ERBGUTH y STOLLMANN no discuten la *Formenwahlfreiheit*, si bien dejan al descubierto la inconsistencia de muchas de las razones que tradicionalmente se han utilizado para el recurso a las fórmulas jurídico-privadas, abogando por una mayor utilización de las organizaciones jurídico-públicas (vid. W. ERBGUTH y F. STOLLMANN, *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? Zuden Kriterien bei der Wahl der Rechtsform*, «DöV», 18, 1993, págs. 798 y ss.).

(44) El servicio objetivo a los intereses generales es la única causa justificativa de la Administración. A partir de esta idea se ha querido incluso construir la totalidad del Derecho Administrativo. Vid. L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, *Derecho público e interés público: correlaciones básicas*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 848-49. Vid. también, del mismo autor, *Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio» y «medida» de control jurídicos*, núm. 85 de esta REVISTA, 1978, págs. 151 y ss.

puede admitirse que cualquier tarea sea encomendada a entes públicos sujetos al Derecho privado o a empresas públicas mercantiles, con frecuencia controladas al cien por cien por la Administración.

En resumen, hay que cerrar las anchas vías de escape del Derecho Administrativo. Esto no exige de poner cuidado en decidir si la Administración debe o no intervenir en un sector o acometer una actividad. Ahora bien, si interviene, debe hacerlo con el Derecho que le es propio y específico, en garantía del interés público y de los derechos de los ciudadanos. Porque la experiencia demuestra que la huida de los Poderes públicos al Derecho privado en muchos casos es, simple y llanamente, su huida del Derecho.

B) *Control material de legalidad (constitucionalidad) de la decisión de sometimiento al Derecho privado*

La Administración pública debe al Derecho público su existencia y actividad (45). Su sumisión a normas distintas sólo es posible —dice MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ— cuando el propio Derecho Administrativo haga «*las remisiones correspondientes o la apertura o habilitación precisas para que la Administración se sujete a esas otras ramas distintas del Ordenamiento, estableciendo las condiciones o límites que correspondan*» (46). Es, pues, el Derecho público el que tiene la llave de paso del Derecho privado. Esto hace que exista siempre un núcleo primero irreductible de Derecho público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho privado de la Administración (47). La decisión de actuar con sometimiento al Derecho privado y su gestación son en todo caso jurídico-administrativas.

Pues bien, la sumisión al régimen de Derecho privado de una actividad que reúna condiciones sustancialmente administrativas o que, por sus especiales circunstancias, requiera la garantía del Derecho público, puede no ser considerada válida. Existen al máximo ni-

(45) No puede, sin embargo, desconocerse el importante papel que ha desempeñado el Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, págs. 37 y ss.

(46) Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introducción...*, pág. 137. El Derecho privado puede, no obstante, cumplir una función de supletoriedad respecto de aquellas materias, relaciones o instituciones que no son específicas de lo administrativo, que éste ha tomado, alterándolas en más o en menos, del Civil. Vid. J. A. LÓPEZ PELLICER, *Lecciones de Derecho Administrativo*, vol. I, PPU Murcia, 1987, pág. 70.

(47) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 49 y ss. Vid. A. CARRETERO PÉREZ, *La teoría de los actos separables*, num. 61 de esta REVISTA, 1970, págs. 83 y ss.; R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, vol. I., Bosch, Barcelona, 1970, págs. 214 y ss.

vel normativo preceptos como el artículo 103.1 CE («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho») o el 106.1 CE («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), que pueden fundamentar un juicio crítico de constitucionalidad respecto de la solución adoptada. Y es que el Derecho público, que, como decimos, tiene el salvoconducto de entrada del Derecho privado, no puede —dice MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ— «remitir en rigor en cualquier caso y sin límite a otros sectores del Ordenamiento». No es de recibo un vaciamiento total del Derecho Administrativo, empujado por las normas civiles, mercantiles y laborales, cuando las características intrínsecas de la actividad a desarrollar o las circunstancias concretas que concurren en un caso determinado reclamen la especial protección —tanto para el interés público como para el particular— que depara el ordenamiento jurídico-administrativo (art. 4.2 LCE) (48). «En definitiva, el Derecho Administrativo, como Derecho público que es, ha de regir la institucionalización interna de la Administración y toda la actividad que ésta ha de llevar a cabo en su condición de Poder público propiamente dicho... En lo demás, que tenga un carácter meramente auxiliar o instrumental, en cuya realización no estén comprometidos ninguno de los condicionamientos y exigencias esenciales al Poder público, el Derecho administrativo podrá, y aun deberá incluso, abrirse al Derecho civil, mercantil o laboral, y ello eventualmente hasta por exigencias del mismo principio de eficacia administrativa o, en fin, de la justicia conmutativa, rectora de relaciones intersubjetivas de igualdad de semejanza» (49).

En esta línea, Silvia DEL SAZ trata de construir de forma muy sugestiva una auténtica reserva constitucional al Derecho Administrativo, como medio para frenar la huida de la Administración al Derecho privado (50). Si se pone en conexión el artículo 106 con el 153.3 CE, se puede concluir que las referencias a la legalidad y al control que hace el primero, lo son a las leyes administrativas y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La imposibilidad de escapar al régimen del Derecho Administrativo —salvo en los supuestos de gestión económica— deriva, pues, de la correlación constitucionalmente establecida entre Administración pública y sometimiento a la

(48) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introducción...*, op. cit., pág. 137.

(49) Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introducción...*, op. cit., págs. 137 y 138.

(50) Vid. S. DEL SAZ, *Desarrollo...*, op. cit., págs. 174 y ss. Vid. también R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. I, 6.ª edición, op. cit., págs. 28 y ss.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A ello hay que añadir la imposición constitucional a las Administraciones públicas de unos principios connaturales al régimen jurídico-administrativo —el de legalidad, la prohibición de la arbitrariedad (art. 9 3 CE), objetividad, mérito y capacidad (art. 23 CE), imparcialidad (art. 103 CE), igualdad (arts. 14 y 23) y la actuación a través de procedimientos (art. 105.3 CE)—, que sólo este régimen puede garantizar. La Constitución —al consagrar los principios y procedimientos a los que se sujeta la actividad administrativa— establece lo que Silvia DEL SAZ denomina una «*reserva de Derecho Administrativo*, una garantía institucional, que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho privado más, y gestionar bajo este régimen las funciones públicas que tiene encomendadas» (51).

En cualquier caso, queda claro que si la decisión de sumisión al Derecho común es válida, será muy difícil después pretender la excepción automática de este régimen con la afirmación de una serie de contenidos jurídico-públicos fundados en la presencia mediata o inmediata de la Administración. Las personificaciones jurídico-privadas, aun cuando tengan encomendadas actividades administrativas, no se rigen por el Derecho Administrativo, sino por el cuadro jurídico que las normas, con más o menos singularidades, les hayan diseñado. Otra cosa es que la configuración jurídico-privada de esta actividad no sea la adecuada. La decisión pública primaria por la que se acuerda la actuación de la Administración en régimen de Derecho privado podría ser fiscalizada desde el Derecho Administrativo en base a datos formales y también materiales.

V. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE EMPRESAS PÚBLICAS Y ENTIDADES INSTRUMENTALES

A) *La importancia de las formas jurídicas*

La definición jurídico-formal de la Administración hace que el recurso a la empresa pública y, en general, a las organizaciones instrumentales condicione esencialmente el régimen jurídico de la actuación. Con la intermediación de estos entes generalmente se busca —y se consigue— la singularidad, la distancia respecto de las Administraciones públicas territoriales y de su Derecho. Las distintas fórmulas organizativas de las empresas públicas adquieren de esta forma una dimensión de primer orden a efectos de garantizar el

(51) Cfr. S DEL SAZ, *Desarrollo...*, op. cit., pág. 178.

Derecho público y, especialmente, la vigencia de los derechos fundamentales en sus relaciones jurídicas (52).

Así, los entes públicos funcionalmente descentralizados —que son Poderes públicos administrativos— están en cuanto tales vinculados a los derechos fundamentales. Esta consideración se confirma si se piensa que éstos no son más que un *longa manus* de la Administración pública territorial, responsable última de sus actuaciones (53). El problema es que estas empresas no sólo se rigen por el Derecho público, sino también en medida importante por el Derecho privado (54). Por ello, la cuestión sigue siendo la de siempre: contener la entrada del Derecho privado en su régimen de actuación, asegurando que las normas públicas ordenen sus actividades. En este sentido, el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta radicalmente insuficiente, al sujetar a sus preceptos a las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas sólo cuando ejerzan potestades administrativas, «sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

Por el contrario, las empresas públicas mercantiles —en cuanto personas jurídico-privadas— no están vinculadas a los derechos fundamentales. Plantear su vigencia (55) daría lugar a unos problemas dogmáticamente irresolubles, como antes vimos (56).

Ciertamente, como contrapartida, cuando la Administración actúa a través de entidades de Derecho privado o sometidas a este régimen —especialmente en el caso de empresas públicas mercantiles— pierde sus privilegios. El problema es que cuando renuncia voluntariamente a ellos es porque no los necesita (57). Y, si no, no debe ha-

(52) Vid. toda esta problemática, así como el concepto de empresa pública, en J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, op. cit., págs. 288 y ss. y 57 y ss.

(53) Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *La Administración institucional*, op. cit.

(54) Vid. el régimen jurídico de los Organismos autónomos comerciales y de los Entes de Derecho público con régimen de actuación jurídico-privado en F. J. JIMENEZ DE CISNEROS CID, op. cit.; J. M. SALA ARQUER, op. cit., págs. 399 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, op. cit., págs. 349 y ss.

(55) Esta es la postura que ha encontrado eco en la jurisprudencia alemana. EMMERICH se sorprende de la facilidad con que el *BGH* extiende las supuestas vinculaciones del Fisco en el ámbito del *Verwaltungsprivatrecht* a las empresas públicas mercantiles. La argumentación que se baraja al respecto de que la forma jurídica no puede decidir si el Poder público se somete o no al Derecho Administrativo y, en consecuencia, al principio de igualdad —dice este autor—, no es más que una aseveración no demostrada y tampoco demostrable. Vid. V. EMMERICH, op. cit., págs. 332 y ss.

(56) Vid. V. EMMERICH, op. cit., págs. 334 y 335.

(57) El Poder público —dice el profesor ARIÑO— «no necesita hoy, en muchos casos, acudir a sus potestades jurídicas de *imperium*: le basta con su poder económico. Y en el uso de éste, prefiere no tener que soportar las rigideces del Derecho público. Naturalmente que ésta es, en ocasiones, la única forma jurídica que permite conseguir con eficacia los

cerlo. Además, a decir verdad, algunos privilegios —la financiación pública ilimitada, la ausencia de auténtico riesgo empresarial— le acompañan siempre. Ocurre, por tanto, que, sobre todo, lo que se pierde son las garantías. La Administración se libera de sus procedimientos y de sus reglas de actuación, especialmente en materia contractual (58). La publicidad, la libre concurrencia, la selección pública, la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios y cargas públicas se van como el humo. El ciudadano deja de ser titular de derechos frente a la Administración —que ha cambiado de forma y de régimen o está oculta detrás de la empresa—, para pasar a ser un simple particular desarmado, sin capacidad de exigir, aunque estén en juego fondos públicos.

nuevos fines económicos que el Estado ha asumido desde la primera guerra mundial, pero es igualmente cierto que éste es hoy el más claro portillo de escape de la legalidad y el posible camino de un nuevo despotismo». Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, *Concepto de Administración pública y Derecho administrativo (pro manuscrito)*, Madrid, 1988, págs. 50 y 51. Vid. también P. BADURA, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, en «Besonderes Verwaltungsrecht», Hrsg. Ingo von Münch, 8. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1988, págs. 344-45.

(58) El RCE, en su Disposición Transitoria segunda, párrafo primero, establece lo siguiente: «Las Empresas nacionales, aquellas entidades en las cuales la participación del Estado sea mayoritaria y los entes públicos que se rigen por el Derecho privado en sus relaciones con terceros se sujetarán en materia de contratación de obras y suministros a sus normas administrativas especiales y a las que puedan dictarse sobre régimen jurídico de la Empresa pública, aplicándose en su defecto los principios de la presente legislación, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con aquéllos.» En los siguientes párrafos de esta Disposición Transitoria se sigue concretando esta vaporosa obligación que se impone a los Consejos de Administración de estas empresas.

El anteproyecto de ley de contratos de las Administraciones públicas limita también su ámbito de aplicación, dejando fuera de sus preceptos a todos los entes públicos instrumentales sometidos al Derecho privado. Como atemperación de la exclusión, se recoge una Disposición Adicional sexta —de tenor semejante a la que contiene la legislación vigente, recién examinada— 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 Entidades 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».

El Derecho comunitario europeo es, en cambio, mucho más exigente, reclamando la aplicación de la normativa contractual pública a todo tipo de entes o empresas públicas, con independencia de su forma jurídica. Vid. en este sentido las Directivas de 14 de junio de 1993 —que refunden textos anteriores— 93/36/CEE, sobre contratos públicos de suministros; 93/37/CEE, sobre contratos de obras; 93/38/CEE, sobre contratación de suministros, obras y servicios en los sectores y excluidos, y la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, para los contratos de servicios. En aplicación de las exigencias comunitarias, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993 declaró contraria al ordenamiento comunitario la exclusión genérica a la aplicación de la normativa contractual contenida en el artículo 2.8 LCE. Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario (pro manuscrito)*, octubre de 1994, especialmente págs. 38 y ss. (en curso de publicación en «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ); S. DEL SAZ, *La huida...*, op. cit., págs. 92-93.

B) *Tipos de actividad de las empresas públicas*

De las premisas que acabamos de sentar se desprende que todo el esfuerzo debe centrarse en racionalizar los supuestos y las condiciones bajo las cuales la Administración puede utilizar el Derecho privado para el cumplimiento de sus fines y, en consecuencia, de definir las actividades que pueden ser desarrolladas por los distintos tipos de empresas públicas (59). Es, pues, necesario —como destaca SALA ARQUER— fijar con claridad los criterios a seguir al optar por la forma pública o privada (60).

1. *Actividades de mercado.*

El Estado social responsabiliza a los Poderes públicos de una serie de tareas que hasta ese momento le eran ajenas. Muchas de ellas exigen una intervención activa de la Administración en sectores o actividades de mercado. En estos supuestos, las características de estas actividades, o mejor, el marco en el que se desenvuelven, unido a la *ratio* de la intervención —incidir en el mercado, no sustituirle—, justifican el recurso de la Administración al Derecho privado. Más aún, la utilización de empresas públicas y, en concreto, de sociedades públicas mercantiles, puede venir especialmente indicada para conseguir dichos objetivos. Con ello, la Administración interviene en el mercado «como un agente más», sometiéndose a sus reglas y, además, se sirve del régimen jurídico específicamente diseñado para actuar en este ámbito, lo que aporta a su actuación la mayor operatividad y agilidad que son necesarias para actuar en este marco.

Es verdad que la sustitución del Derecho público por las normas civiles, mercantiles y laborales supone la pérdida de las garantías que representa el Derecho Administrativo. Ahora bien, este inconveniente queda paliado si se tiene en cuenta que las empresas públicas se desenvuelven en un campo de juego definido —el mercado—, que tiene sus propias reglas y unos parámetros de referencia objetivos que permiten enjuiciar su actuación (61).

(59) La doctrina es consciente de la profunda heterogeneidad de las actividades que tienen encomendadas las empresas públicas. Vid. G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en AA.VV., *El modelo económico en la Constitución española de 1978*, vol. II IEE, Madrid, 1981, pág. 137. Vid. A. ALONSO UREBA, *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 342 y ss.; J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 510 y ss.; J. M. DÍAZ LEMA, *op. cit.*, págs. 293 y ss.

(60) Vid. J. M. SALA ARQUER, *op. cit.*, pág. 411

(61) Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas...*, *op. cit.*, págs. 329 y ss. Vid. también en esta línea J. M. SALA ARQUER, *op. cit.*, pág. 412.

2. *Actividades al margen del mercado.*

2.1. *Actividades de servicio público.*

Como es sabido, el artículo 128.2 CE reconoce a los Poderes públicos la posibilidad de reservar al sector público servicios esenciales, o lo que es lo mismo, declarar su titularidad pública. El servicio público puede ser prestado de formas distintas y, entre ellas, cabe que el Poder público encomiende su gestión a una sociedad mercantil en mano pública. En este supuesto, la actividad se desarrolla al margen del mercado (62); sin embargo, la garantía respecto de las empresas que gestionan servicios públicos es el propio servicio público, que dicta un régimen jurídico especial, de marcado carácter público: principio de continuidad del servicio y sus exigencias; cláusula de progreso, implícita en toda concesión de servicio público; determinación administrativa de las tarifas; derecho de utilización del servicio en condiciones de igualdad, sin discriminaciones; en suma, régimen jurídico fiscal, laboral, procesal, de protección de sus bienes siempre especial (63). Todo ello hace que la elección de la forma jurídico-mercantil para la gestión del servicio público sea irrelevante a efectos de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en sus relaciones jurídicas.

2.2. *Actividades no calificadas como servicios públicos.*

a) *La exigencia de un Poder público administrativo.*

Como antes advertíamos, a nivel de principio, la intervención directa de la Administración en régimen no de mercado debe ser llevada a cabo por un Poder público administrativo, que además ha de aplicar el Derecho público para su realización.

Esto, como se sabe, no excluye la utilización de la empresa pública, ya que en muchos casos puede considerarse conveniente dotar a estas intervenciones de una gestión especializada, más ágil y flexible.

(62) En algunos supuestos, sin embargo, la gestión del servicio es encomendada a una pluralidad de empresas, que de esta forma pueden entrar en competencia entre sí. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la televisión. Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen...* op. cit., págs. 248-249.

(63) Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *Prelección sobre el concepto de Servicio Público y bases de su régimen jurídico*, Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1975, págs. 46 y 47; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, 1994, págs. 198 y ss.

A estos fines pueden servir los entes funcionalmente descentralizados: tanto los Organismos autónomos como los Entes de Derecho público con régimen de actuación jurídico-privado constituyen en principio estructuras organizativas adecuadas para llevar a cabo esta actividad. Con ello no se produce una desvinculación total de la Administración pública territorial, pues la independencia de estos entes es, como ya vimos, relativa. Solamente habría que poner una condición: que no remitan incondicionadamente su régimen jurídico al Derecho privado, lo que podría llevar a desconocer las exigencias primordiales de una actividad pública, sostenida con fondos públicos. En especial, debe serles de aplicación la normativa contractual pública, al menos en los actos separables. En suma, la posición de los particulares respecto de la Administración pública —la igualdad de trato ante los privilegios y cargas públicas— no puede verse sustancialmente alterada por la aplicación de este modo de intervención. El interés público tampoco puede verse perjudicado.

b) *La inadecuación de las sociedades mercantiles.*

Las sociedades públicas mercantiles son con carácter general inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado. El precio que se paga por una supuesta mayor eficacia y operatividad es nada menos que la sustitución del Derecho público —con lo que ello conlleva de pérdida de las garantías que la legalidad administrativa reconoce en favor del administrado, también del interés general— por el Derecho privado —en el que impera el principio de autonomía de la voluntad—. Con la empresa pública mercantil se crea una entidad jurídica diferenciada, que deja desprotegidos a los ciudadanos.

Es verdad que la personalidad jurídica en la dogmática jurídico-privada no tiene un valor absoluto. Los abusos en la utilización de la figura a que dio lugar el idealismo formalista han desencadenado en este ámbito una viva reacción —se habla de su «crisis»—, revisando el sentido de este concepto o, por lo menos, de una determinada comprensión del mismo. La jurisprudencia norteamericana reaccionó frente a estos excesos aplicando la doctrina del *disregard of legal entity*, después trasladada al sistema continental europeo en una polémica obra escrita por Rolf SERICK a mediados de los años cincuenta (64). Esta doctrina permite a los Tribunales trascender la forma

(64) Vid. R. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958. Vid. también el comentario de PUIG BRUTAU, traductor del libro.

externa de la persona jurídica, para —penetrando a través de ella— alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura. Esta doctrina, que empezó siendo originariamente una regla de equidad, se ha convertido ya en patrimonio conceptual del Derecho de sociedades. En definitiva —como pone de manifiesto CASTÁN— todo ello viene a descubrir el verdadero sentido de la personalidad jurídica, su valor instrumental, que debe ser aplicado al servicio de los intereses que protege el ordenamiento (65). Este bagaje dogmático no tardó en proyectarse también sobre la empresa pública. DE MIGUEL GARCÍA habla de *ficción de las formas*, refiriéndose a la sociedad anónima pública (66), e, incluso, PÉREZ MORENO ha llegado a decir que la forma de sociedad anónima no es más que un disfraz utilizado por la Administración para dotar a algunas de sus organizaciones de una personalidad jurídica privada, pero al faltar el *substractum* de la colectividad se generan contradicciones, quedando sólo de la sociedad anónima el nombre o las siglas (67).

La importancia de esta línea doctrinal no puede, sin embargo, hacernos perder de vista que los supuestos en que puede intentarse el desconocimiento de la personalidad jurídica son verdaderamente extraordinarios (68). De ninguna manera puede pretenderse la excepción ordinaria, en el día a día de la empresa, de las consecuencias que conlleva la personificación jurídica, cuya lógica debe ser respetada. Si ésta se adopta, a sus implicaciones hay que estar.

Ciertamente —como dice PÜTTNER— el Poder público está vinculado a los derechos fundamentales respecto de la totalidad de su actuación, también en su condición de empresario. En consecuencia, la Administración deberá utilizar los cauces del Derecho mercantil para hacer que la actuación de la empresa sea respetuosa con los de-

(65) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, tomo I-2, Reus, Madrid, 1978, págs. 406 y ss.; F. DE CASTRO, *La Sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, «Anuario de Derecho Civil», 1949, págs. 1397 y ss.; A. DE COSSÍO, *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica*, «Anuario de Derecho Civil», 1954, págs. 623 y ss. Vid. también J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, vol. I, Madrid 1976 págs. 160 y ss.

(66) Vid. P. DE MIGUEL GARCÍA, *El intervencionismo y la empresa pública*, IEA, Madrid 1974, págs. 355 y ss.

(67) Vid. A. PÉREZ MORENO, *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969, págs. 126 y 127, J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, «Concepción unitaria del sector público», en *La empresa pública*, vol. I, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, pág. 97.

(68) En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *Aguas y Alcantarillado S.A.*, de 28 de mayo de 1984 —citada por BORRAJO (*op. cit.*, pág. 240) como un supuesto de levantamiento del velo de la personalidad jurídica—, estamos, en realidad ante un supuesto de gestión directa de un servicio público municipal por lo que —desde los propios presupuestos del servicio público y del amplísimo régimen de responsabilidad administrativa— no puede extrañar la condena al Ayuntamiento de Palma de Mallorca de indemnización de los daños ocasionados por la red municipal de abastecimiento de agua. Esta es la línea de razonamiento que, a mi modo de ver, debería haber seguido el Tribunal.

rechos fundamentales (69). En el caso de que no hiciera tal cosa, los particulares podrían exigir del Poder público titular de la empresa que, valiéndose de los mecanismos del Derecho mercantil, eliminase la agresión o, de no poder hacerlo, liquidase su participación en la empresa (70). Adicionalmente —si dicha actuación es fuente de daños—, podría intentarse una acción de responsabilidad frente a la Administración, que consintió intervenciones desajustadas de la empresa. Con todo, es ésta una vía gravosa para el particular, compleja y, además, de resultado incierto.

Por todo ello, se hace difícil admitir la empresa pública mercantil cuando ésta no opera en un sector regido por una normativa precisa, garante de los distintos derechos e intereses en juego, como es la del servicio público, o por un marco objetivo de referencia, como es el propio mercado. «O salir al mercado —dice DEL SAZ—, o permanecer en la sujeción a los procedimientos y reglas del Derecho Público» (71). Naturalmente, también es posible mantener una fidelidad a dichos derechos e intereses aplicando el Derecho privado, pero ello sería resultado de la voluntad de los gestores y no tanto de la ordenación normativa.

Si, pese a todo, la utilización de la sociedad mercantil siguiera pareciendo lo más conveniente, habría que arbitrar soluciones que vinieran a paliar las deficiencias que esta forma jurídica evidencia. Se trata con ello de evitar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad propio del Derecho privado pueda traducirse en actuaciones que sean contrarias al interés público o dejen desprotegidos a los ciudadanos.

En primer lugar, una adecuada ordenación normativa de la actividad, que la definiera formalmente como administrativa y que, en consecuencia, previera la aplicación de este régimen jurídico, sin duda, conseguiría conducir la actuación de las sociedades públicas mercantiles en el sentido exigido. En segundo lugar, la actuación de estas empresas debería también ser condicionada a través del propio juego que las normas privadas consienten, recogiendo en sus estatutos los principios y pautas de comportamiento que la intervención

(69) En la práctica, la totalidad de los autores —también los que defienden una general vinculación del Fisco a los derechos fundamentales— reconocen que en los supuestos críticos no se da una vinculación de la sociedad como tal a los derechos fundamentales: únicamente se puede exigir una obligación del Poder público de actuar con los instrumentos del Derecho de sociedades —a través de sus representantes en el Consejo de dirección de la empresa—, para que los derechos fundamentales sean respetados. Vid. V. EMMERICH, *op. cit.*, pág. 335.

(70) En relación con la titularidad de derechos fundamentales por parte de la empresa pública mercantil, vid. también G. PÜTTNER, *Die öffentlichen...*, *op. cit.*, págs. 120 y 121.

(71) Cfr. S. DEL SAZ, *Desarrollo...*, *op. cit.*, págs. 179-180.

pública reclama. Finalmente, podría también pensarse en un sistema que permitiera responsabilizar de manera directa a la Administración pública de la actuación de la sociedad, lo que abriría a los particulares las garantías y los medios de reacción propios del Derecho Administrativo. Técnicamente, todo ello podría instrumentarse a través de la exigencia de una autorización administrativa para las actuaciones más importantes de la empresa.

JURISPRUDENCIA

