

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA COLABORACION PREFERENTE DE LAS ADMINISTRACIONES CON EMPRESAS PUBLICAS

Por

ALEJANDRO HUERGO LORA

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA APERTURA COMO CARACTERÍSTICA CENTRAL DEL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL.—2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMAMENTO: a) *Los orígenes históricos de este régimen jurídico.* b) *La creación de las empresas Santa Bárbara y Bazán y su peculiar régimen jurídico.* c) *La derogación de este conjunto normativo en 1998.*—3. UN SORPRENDENTE ESTRAMBOTE JUDICIAL: LA SUPUESTA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY 44/1959 POR LA CONSTITUCIÓN.—4. UNA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CARENTE DE MOTIVACIÓN.—5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TÉCNICA DE LA COLABORACIÓN PREFERENTE CON EMPRESAS PÚBLICAS: LA LEY COMO CAUCE ADECUADO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA.—6. LA COMPATIBILIDAD DE ESTA TÉCNICA CON EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: a) *La colaboración preferente con empresas públicas en el sector de defensa.* b) *La gestión directa de servicios públicos a través de empresas públicas.* c) *La colaboración preferente con empresas públicas en los contratos de servicios.* d) *La adjudicación de obras o el encargo de suministros a empresas públicas.*—7. LA POSICIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA RESPECTO AL OTORGAMIENTO A EMPRESAS PÚBLICAS DE LA CONDICIÓN DE SUMINISTRADOR PREFERENTE.—8. RECAPITULACIÓN. LA COLABORACIÓN PREFERENTE CON EMPRESAS PÚBLICAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.

1. INTRODUCCIÓN. LA APERTURA COMO CARACTERÍSTICA CENTRAL DEL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

Entiendo por «colaboración preferente con empresas públicas» la técnica jurídica por la cual una Administración contrata directamente con una empresa pública (normalmente suya, aunque no siempre) la obtención de los productos y servicios que precisa para cubrir sus necesidades o para llevar a cabo su actividad. Nuestro Derecho presenta múltiples manifestaciones de este fenómeno, unificadas desde esta perspectiva pero muy alejadas entre sí en otros aspectos: desde la gestión directa de servicios públicos a través de empresas en mano pública hasta el encargo a sociedades urbanísticas de la urbanización y gestión de terrenos, pasando por los entes cuya misión es la ejecución de obras públicas o la gestión de infraestructuras, o el caso, al que me referiré en los siguientes epígrafes, de las empresas públicas de armamento, al que ha estado encomendado por Ley, has-

ta 1999, el suministro del Estado con preferencia a cualquier otro empresario del sector. Esta técnica no está ligada en exclusiva al fenómeno de la empresa pública, sino que sirve también para otros fines (separar distintos centros de gestión para lograr una actuación más ágil y mejor controlable, evitar subvenciones cruzadas, hacer posible la participación de otras Administraciones o de los particulares interesados, etc.), lo que permite afirmar que no se trata en absoluto de una técnica a extinguir (1).

Este modo de proceder presenta, cuando se analiza jurídicamente, dos facetas en cierto modo contradictorias. Por un lado, el hecho de que la Administración contrate con una empresa pública parece sólo la consecuencia necesaria de una forma de organizar sus propios servicios, que consiste en dotar de personalidad jurídica y someter al régimen jurídico de los empresarios privados a unos determinados centros productivos de su pertenencia, en lugar de integrarlos en la personalidad jurídica única de la Administración y someterlos a su dirección y control a través de las técnicas habituales del órgano administrativo y la jerarquía. En esta medida, la colaboración con empresas públicas afecta sólo a la Administración y es irrelevante en el plano de las relaciones intersubjetivas. Desde esta perspectiva el problema es saber si, y hasta qué punto, se adaptan a una situación de este tipo técnicas como el contrato que presuponen una dualidad efectiva de sujetos y de centros de intereses, es decir, si son verdaderos contratos esos negocios en los que realmente no existe una oposición de intereses entre los dos sujetos que los celebran (2).

Desde otra perspectiva, por el contrario, lo que llama la atención es el hecho de que la empresa pública, que es un sujeto formalmente

(1) Lo que estamos discutiendo es, en el fondo y en sus implicaciones máximas, si la Administración tiene que limitar su actividad al ejercicio de estrictas funciones de autoridad (aprobación de normas reglamentarias y aplicación de las mismas a través de actos administrativos), o puede desarrollar también actividades de producción de bienes y servicios que le sean necesarios. Si se admitiera la primera opción, toda actuación administrativa que no consistiera en el ejercicio de autoridad, sino en la producción de bienes y servicios, tendría que someterse a las mismas reglas aplicables a los particulares, y la Administración debería adjudicar sus encargos a través de un procedimiento abierto en el que concurrieran, en igualdad de condiciones, sus propios servicios junto a los empresarios particulares. Esto sería asumir totalmente el principio del contratista interpuesto, y haría problemática, por ejemplo, la decisión de la Administración de mantener una red propia de centros educativos o sanitarios, o unos servicios que le permitan elaborar predicciones meteorológicas, o proyectos de obras, o prestar el servicio de extinción de incendios, siendo todas ellas labores que pueden llevar a cabo empresas privadas.

(2) El problema sería el mismo, *mutatis mutandis*, que en todo contrato entre empresas de un mismo grupo. El Derecho positivo indica claramente que las relaciones jurídicas (contractuales o no) entre una Administración y sus entes instrumentales son muy especiales y se alejan en no pocos puntos de las demás relaciones entre dos sujetos. Así, como prevé el artículo 20 LJ, las entidades instrumentales de Derecho público no pueden interponer recursos contencioso-administrativos respecto de la actividad de la Administración de la que dependan.

independiente de la Administración, que opera en el mercado en concurrencia con los empresarios particulares, se ve favorecida patrimonialmente, puesto que obtiene de forma directa determinadas adjudicaciones o encargos que, según las reglas ordinarias de la contratación pública, deberían haberse sometido a los principios de publicidad y concurrencia. Este matiz, que extiende una cierta sospecha sobre la técnica de la colaboración preferente (y que explica el propio calificativo de *preferente*), se manifiesta en el hecho de que esta forma de actuación está cubierta siempre por una habilitación normativa que permite prescindir de las reglas habituales de la contratación administrativa.

Cualquier análisis jurídico de la colaboración preferente con empresas públicas debe partir, dada su cobertura ordinaria en Leyes formales, de su encaje en la «Constitución económica», entendida como el conjunto de reglas y principios constitucionales acerca del ejercicio de actividades empresariales y de la participación e intervención en ellas de los poderes públicos. De esas reglas y principios depende el marco, más o menos amplio, en que se deba desenvolver la acción de los poderes públicos en un ámbito tan crucial para los intereses generales y también, de uno u otro modo, para todos los ciudadanos, ya se trate de empresarios o de empleados o consumidores.

Entre nosotros, el debate sobre la Constitución económica fue muy vivo en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la CE, y en él se llegó por casi todos a la conclusión de que el marco constitucional es muy abierto y compatible, en consecuencia, con la adopción por los distintos poderes públicos (el Gobierno y las Cortes, en primer lugar, pero también, en distinto grado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales) de modelos o políticas muy diferentes, siempre dentro del respeto a la propiedad privada y a la libertad de empresa, por un lado, y de la asunción por dichos poderes de responsabilidades inexcusables en defensa de los intereses generales (3). Prueba de esta apertura es que desde 1978 se han prac-

(3) Vid., de entre las exposiciones generales más destacadas, A. MENÉNDEZ, *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982, págs. 27-47; A. ROJO, *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, «Revista de Derecho Mercantil», 169-170 (1983), págs. 309-341; J. I. FONT GALÁN, *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, «Revista de Derecho Mercantil», 152 (1979), págs. 205-239; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 74 y ss.; F. GARRIDO FALLA (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, Madrid, 1981, especialmente la contribución de R. ENTRENA CUESTA, en las págs. 103 y ss.; R. ENTRENA CUESTA, «El modelo económico de la Constitución española de 1978», en *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, 1989, págs. 11-36; J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Iniciativa privada y empresa», en *Constitución y economía*, Madrid, 1977, págs. 51-77.

ticado, sin obstáculo constitucional alguno, políticas muy diferentes, de forma sucesiva (al compás de las distintas mayorías parlamentarias) o simultánea (en función del color político de unos u otros Gobiernos o Ayuntamientos): se ha pasado de etapas de fortalecimiento de la empresa pública a otra de privatización, y coexisten, por ejemplo, Administraciones autonómicas o locales que practican la iniciativa pública en distintos sectores económicos (reanudando en algunos casos, paradójicamente, la participación pública allí donde el Estado privatiza, como se puede comprobar en el sector de las telecomunicaciones) con otras que llevan a cabo una política de privatización sistemática de la gestión de sus servicios (4).

Si la Constitución deja un amplio marco para que los poderes públicos puedan seguir diferentes orientaciones políticas, resulta de especial interés registrar los límites de ese marco, es decir, las técnicas cuya utilización queda constitucionalmente vedada. Entre otras cosas, porque el Derecho es una actividad eminentemente casuística, en la que el alcance de los principios vigentes sólo se puede verificar a la vista de supuestos concretos. De ahí el interés de acotar los contornos de la Constitución económica en un territorio concreto, el de la colaboración preferente con empresas públicas, sin olvidar dos flancos (muy heterogéneos) que han adquirido un enorme interés después de 1978: el Derecho comunitario y las normas de defensa de la competencia. Sin perjuicio de obtener conclusiones más generales, partiré en ese análisis del supuesto particular de las empresas públicas de armamento, de especial interés en sí mismo y por sus antecedentes históricos, poco estudiados hasta ahora y que darían por sí solos para un estudio más amplio que en este momento no puedo abordar, y en el que además se han registrado recientemente novedades normativas importantes y también algunos pronunciamientos judiciales realmente sorprendentes y cuyo alcance, si son tomados en serio, es tal que no merecen quedar olvidados en las páginas de los repertorios jurisprudenciales.

(4) El debate actual sobre la Constitución económica se centra, en los países (como Alemania) en que es especialmente vivo, en los límites de la privatización de funciones y servicios públicos: vid., entre las últimas aportaciones, M. RONELLENFITSCH, *Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben*, «Die öffentliche Verwaltung», 52 (1999), págs. 705-711; U. DI FABIO, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, «Juristen Zeitung», 54 (1999), págs. 585-592.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMAMENTO

Las empresas públicas de armamento han estado sometidas, desde los años cincuenta de este siglo hasta comienzos de 1999, a un régimen normativo muy particular, con escasos paralelos directos en nuestro Derecho (si alguno), que sin embargo no ha atraído apenas la atención de la doctrina (5). Ese grupo normativo es una muestra eminente de la técnica que he calificado como colaboración preferente de la Administración con una empresa pública que le pertenece, puesto que su núcleo consiste en que el legislador dispone la creación de dichas empresas destinadas a la fabricación de productos que el Ejército precisa, y obliga a la Administración de Defensa a encargar a esas empresas públicas, como regla general no exenta de excepciones, los productos que necesite, garantizando así la supervivencia y normal desarrollo de las citadas empresas.

Esta política contrasta vivamente con el funcionamiento habitual de la contratación administrativa, basada en el tráfico con los empresarios privados bajo los principios de publicidad y concurrencia, si bien no se aparta demasiado de una institución recogida en la LCAP, la ejecución de obras y la fabricación de bienes muebles por la propia Administración. En todo caso, su fundamento se encuentra en una consideración elemental: el material militar no es uno más de los contenidos posibles del contrato de suministro. En este sector están en juego intereses públicos de primera magnitud, y no sólo la igualdad entre los posibles oferentes, que es el principio rector único de las normas sobre contratación administrativa y que se intenta tutelar a través de un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia. La realidad es más compleja en el caso de los suministros militares: no hace falta recordar el carácter estratégico de este tipo de material y su importancia económica

(5) Como excepción a esta falta de atención, deben señalarse los trabajos de M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y M. M. FERNANDO PABLO, «La empresa pública en el sector de la defensa», en A. PÉREZ MORENO (coor.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco CLAVERO AREVALO*, Madrid, 1994, vol. II, págs. 1101-1116, y R. BOCANEGRA SIERRA, «Observaciones sobre el régimen jurídico de la Empresa Nacional Santa Bárbara y la posible inconstitucionalidad de las Leyes de Acompañamiento de los Presupuestos», en F. SOSA WAGNER (coor.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, Valencia, 2000, vol. II, págs. 2549-2573. El Prof. BOCANEGRA ha sido el asesor jurídico de los demandantes en los procesos a que me referiré en los epígrafes 3 y siguientes, y me ha facilitado las sentencias dictadas hasta el momento. Vid. también algunas referencias en J. MIRANDA GONZÁLEZ, *La contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 204-205 y 232.

y tecnológica (6). La industria militar, pública o privada (pues se pueden encontrar ejemplos de ambos modelos en el panorama europeo), tiene unas repercusiones políticas que no es posible ignorar, y el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 296.1.b) [antiguo art. 223.1.b)], la excluye de su ámbito de aplicación y permite prescindir en este ámbito de los principios de publicidad y concurrencia, como veremos en un epígrafe posterior (7) (8).

(6) Sobre este tema, se pueden consultar los trabajos, algo antiguos, de A. VIÑAS, *Política económica y política de defensa*, «Sistema», 56 (1983), págs. 3-24, y *Economía de la defensa y defensa económica: una propuesta reconceptualizadora*, «Revista de Estudios Políticos», 37 (1984), págs. 25-47.

(7) Para describir adecuadamente la realidad de este sector en los diferentes países no basta con indicar la titularidad pública o privada de las empresas. Dado el práctico monopolio de compra del Estado en el mercado interior, una empresa formalmente privada puede encontrarse tan sometida a la influencia estatal como una empresa pública. En este sentido, la literatura especializada suele distinguir, como indica R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», en F. COMÍN/P. MARTÍN ACEÑA (dirs.), *Historia de la empresa pública en España*, Madrid, 1991, págs. 205-240 (pág. 206), «tres tipos de empresas encargadas de suministrar los pedidos oficiales: 1.º) empresa soberana e independiente, que aglutina a un grupo de empresas privadas que no dependen de los pedidos del Gobierno para garantizar su viabilidad, pues su producción dirigida al Estado no excede del 15 por 100 del total de sus ventas; 2.º) empresa privada o nacionalizada, que concentra sus ventas en el sector no civil y cuyo futuro depende de la capacidad para obtener nuevos contratos del Estado; 3.º) por último, aparecen otras empresas dependientes y no soberanas, que constituyen la empresa pública militar, caracterizada organizativamente por unas estructuras burocratizadas, muy centralizadas y financiadas a través del Presupuesto del Estado».

(8) Sobre el régimen jurídico de las industrias de armamento en Francia, vid. A. COLLET, *Le régime des matériels de guerre, armes et munitions en droit français dans ses rapports avec le droit de la communauté économique européenne*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 22 (1986), págs. 355-366. Tras una primera fase, coincidente con la época de ejércitos mercenarios no permanentes, en la que las armas circulaban libremente y las necesidades se cubrían sobre todo en centros extranjeros que gozaban de fama en toda Europa (entre los que se encontraban Toledo y Eibar), el Estado fomentó la apertura de fábricas en suelo francés a partir de finales del XVIII, para asegurar los suministros. Los enormes beneficios conseguidos por estas industrias privadas durante la Primera Guerra Mundial llevaron a su nacionalización por medio de la Ley de 11 de agosto de 1936 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1939, que han marcado toda la evolución posterior, a pesar de su origen coyuntural (en pleno comienzo de la Segunda Guerra Mundial). En Alemania tienen su cabecera importantes grupos empresariales privados de este sector, pero ello no significa que la cobertura de las necesidades armamentísticas de la *Bundeswehr* se ajuste a los patrones normales de la contratación pública, es decir, a los principios de publicidad y concurrencia. Partiendo del presupuesto de que en el mercado no se encuentran productos que respondan exactamente a las necesidades concretas del Ejército, de forma que es necesario fabricarlos e incluso proyectarlos a medida, se establece, en reglamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*), un procedimiento en el que, en primer lugar, los centros competentes del Ejército establecen las características básicas del producto y en fases posteriores se invita a participar a las empresas que van a elaborarlo. Por lo tanto, no hay, como en la contratación ordinaria, una separación clara entre la definición del objeto del contrato y su licitación, lo que lleva a una mayor capacidad de influencia del Estado sobre las empresas (aun siendo privadas) y, en definitiva, a una modulación muy importante de los principios de publicidad y concurrencia. En última instancia al Estado no le es indiferente la suerte de estos grupos industriales y el mantenimiento de su capacidad productiva y tecnológica, por lo que hay consideraciones más importantes que la pura y simple competencia entre ellos.

a) *Los orígenes históricos de este régimen jurídico*

Aunque emparentadas con las «Fábricas Reales» del despotismo ilustrado, las fábricas militares españolas tienen orígenes peculiares (9). Algunas de ellas proceden de antiguos establecimientos de propiedad particular, asumidos posteriormente por el Ejército, forma de actuación que el Estado ha repetido con frecuencia en su comportamiento empresarial (10). El caso de las fábricas asturianas de Oviedo y Trubia es algo más complejo, puesto que su fundación obedece al intento de alejar las fábricas de municiones y armamento de la frontera francesa, localización ésta que las hacía especialmente vulnerables en los momentos en que su producción era más necesaria, como se pudo comprobar durante la guerra contra la Convención en 1794. La fábrica de municiones gruesas de Trubia fue concebida como una planta industrial en sentido propio, que debía convertirse en una explotación siderúrgica pionera en España y que de hecho lideró, con mayor o menor éxito, una fase decisiva de nuestra tardía revolución industrial. Para su funcionamiento se llevó a cabo la canalización de un tramo del río Nalón de unos 40 kilómetros y complicada orografía, a fin de poder llevar hasta sus instalaciones el carbón de los yacimientos de Langreo, que era la principal materia prima junto con el mineral de hierro de las cercanías de Trubia (11).

(9) Sobre los orígenes de las fábricas militares, vid. J. HELGUERA, «Las Reales Fábricas», en F. COMÍN y P. MARTÍN ACEÑA (dirs.), *Historia de la empresa pública en España*, cit., págs. 51-87 (esp. págs. 68-69); M. A. HERNÁNDEZ MARTÍN, *La intervención del sector público en la economía y su actividad empresarial*, Salamanca, 1988, pág. 83; L. ADARO RUIZ-FALCÓ, *Los comienzos de las Fábricas de Municiones Gruesas de Trubia y de Armas de Oviedo (1792-1799)*, Gijón, 1986 (separata del «Boletín del Instituto de Estudios Asturianos», núm. 118, págs. 339-451). Sobre la organización de la industria militar en España en etapas anteriores, vid. R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 207-209.

(10) Vid. R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 209 y ss. Así, según R. MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Madrid, 1973, pág. 435, «[l]a actual fábrica de Toledo se vincula con los precedentes de fabricación de armas blancas en dicha localidad, de lo que existen testimonios en la época de Augusto y también de la dominación árabe. En tiempos de Carlos III se creó la fábrica de espadas que evolucionó hacia la actual Fábrica Nacional. También remotos son los orígenes de la Fábrica de Pólvora y Explosivos de Granada, la más antigua de las que tuvo a su cargo el Cuerpo de Artillería y que tuvo sus inicios en un establecimiento al servicio de los reyes musulmanes, ocupado por los Reyes Católicos. (...) La Fábrica Nacional de Sevilla data del siglo XVI, época en que un fundidor privado vendía a la Corona cañones y piezas de bronce, siendo adquiridas por el Estado en 1634 estas instalaciones, pasando después a depender del Arma de Artillería. Más recientes son la fábrica de La Coruña, creada en 1937 como consecuencia de las dificultades que atravesaba Oviedo, y la de Palencia, del mismo año, dedicada a incrementar los suministros del Ejército y a llenar el vacío dejado por el cese de los aprovisionamientos de Toledo».

(11) Vid. J. NADAL, *El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814-1913*, Barcelona, 1975, págs. 124-125. El caso de esta fábrica es un buen ejemplo del empleo de casi todas las técnicas de intervención administrativa en la economía y también de cómo, por

El caso de la fábrica de Oviedo era algo diferente, puesto que los fusiles, que eran su principal objeto, se fabricaban a domicilio por artesanos agrupados en gremios. La constitución de la fábrica consistió en realidad en trasladar a esos artesanos agremiados desde las villas vascas en que venían trabajando desde hacía siglos, y en montar una estructura común para el aprovisionamiento de materias primas (sobre todo, hierro) y para el examen y pago de las piezas fabricadas. Sólo mucho más tarde se refundará la fábrica como un establecimiento industrial moderno dedicado a la producción en serie (12).

El otorgamiento a estas fábricas de la condición de abastecedor cualificado de los ejércitos españoles, implícito de algún modo en la decisión de fundarlas, tiene distintos antecedentes normativos.

La Ley de 22 de julio de 1918, de «Bases para la nacionalización de industrias servidoras de la defensa nacional», se abre con la siguiente regla: «Todo cuanto material se adquiriera en lo venidero, con destino a los institutos armados o a otros servicios de la defensa del Reino, deberá ser producto de la industria y el trabajo nacionales, con las solas excepciones que a seguida se enumeran». En ese concepto de «industrias nacionales» entraban tanto las fábricas y establecimientos del propio Ejército como las de titularidad privada, según pone de manifiesto la regla II. En ésta se establece, además, un primer intento de reorganizar los establecimientos en mano pública como empresas: «c) Con la mayor prontitud posible, las fábricas y talleres oficiales organizados y mantenidos con cargo al presupuesto

curioso que pueda parecer hoy, las necesidades militares fueron decisivas en la política seguida por el Estado en los sectores más diversos. Del mismo modo que en etapas anteriores la necesidad de madera como combustible de los primeros hornos orientó toda la política forestal, a finales del XVIII y durante el XIX el intento de sustituir el carbón vegetal por carbón mineral en esas fábricas llevó no sólo a la construcción de infraestructuras importantes para la época (como la referida canalización, caída después en desuso), sino también al establecimiento de sendas reservas demaniales sobre el hierro y el carbón en la Ley minera de 11 de abril de 1849 (art. 32). Múltiples problemas, derivados del deficiente dominio de la tecnología aplicable, llevaron al cierre de la fábrica en 1808. La reapertura se produjo en 1844, lo que explica tal vez el silencio de la Ley minera de 4 de junio de 1825 —sobre esta segunda fase de la fábrica, vid. G. OJEDA, *Asturias en la industrialización española (1833-1907)*, Madrid, 1985, págs. 47-58—. Estos problemas dieron lugar a sucesos interesantes desde la perspectiva de este trabajo, relacionados con la diligente actividad del Marqués de Sargadelos. Este ofreció al Estado la privatización de todo el complejo, haciéndose con la explotación de las minas de Langreo y del canal, a cambio de abastecer a la Armada. El Estado rechazó esta oferta pero contrató con él, en 1795, el suministro de armas, no sin dejar constancia en el correspondiente expediente del ahorro que suponía ese contrato respecto a la producción en Trubia. Vid. J. OCAMPO SUÁREZ-VALDÉS, «Los orígenes del sector público en Asturias», en J. VÁZQUEZ y G. OJEDA (dirs.), *Historia de la Economía Asturiana*, Oviedo, 1997, vol. I, págs. 113-128. Sobre el fracaso económico de las Reales Fábricas y sus causas, en general, vid. J. HELGUERA, «Las Reales Fábricas», cit., págs. 79-82; R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 210-212.

(12) Vid. J. HELGUERA, «Las Reales Fábricas», cit., págs. 68-69, y R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 223-225.

del Estado, se circunscribirán a las obras y producciones que al buen servicio público convenga conservar, ampliar o establecer con el dicho carácter oficial, por motivos de índole técnica o política, motivos cuya estimación se reserva a la Junta de Defensa Nacional, que acordará las aplicaciones positivas de esta regla (...). «d) Las fábricas, los laboratorios y los demás centros que, según el párrafo c) hayan de estar organizados y mantenidos con cargo al presupuesto del Estado, se regirán de modo análogo a los establecimientos industriales privados, para lo cual el gobierno publicará un reglamento especial de contabilidad, con aprobación de la Junta de Defensa Nacional, que deje libre de las ordinarias tramitaciones legales y expeditas las operaciones de aprovisionamiento, de elaboración y de suministro, a la vez que asegure rigurosamente la censura y fiscalización, en períodos determinados, no tan sólo del manejo de fondos, sino también del rendimiento económico industrial y de los aciertos técnicos». Este reglamento fue aprobado a continuación por medio de un Real Decreto de 28 de febrero de 1924.

La Ley de 6 de febrero de 1932 estableció una nueva ordenación empresarial de los establecimientos industriales de los Ejércitos. El artículo 1 disponía: «Con sujeción al Código de Comercio y a los presentes Estatutos, la Fábrica Nacional de Toledo, de Artillería de Sevilla, Fábrica de Pólvoras y Explosivos de Granada, de Pólvoras de Murcia, de Armas y Portátiles de Oviedo y de Cañones de Trubia, constituirán una entidad mercantil denominada "Consortio de Industrias Militares"». «El Consortio de Industrias Militares tiene por fin la explotación y fomento de las fábricas enumeradas en el artículo 1.º, bien construyendo material de guerra para el Estado español o países extranjeros, bien con cualquier otro género de fabricación adecuada a sus instalaciones» (art. 3) (13). La Ley tiene como único objeto el citado consorcio y no regula los suministros militares, por lo que no vincula en absoluto al Estado a contratar con aquél. El sentido de la norma es sobre todo dotar de una nueva organización a los establecimientos fabriles militares y abrirlos a un abanico más

(13) La Ley fue promovida por Azaña en su doble condición de Presidente del Consejo de Ministros y titular de la cartera de Guerra. Los dos discursos que pronunció en el Congreso el 27 y 28 de enero de 1932 en defensa del Proyecto están recogidos en sus *Memorias políticas y de guerra*, vol. II, Madrid, 1976, págs. 58 y ss. Azaña pretendía liberar al presupuesto de Guerra de una carga ajena a su materia y mejorar la gestión de las fábricas, que hasta aquel momento había sido muy defectuosa por llevarse de forma patriarcal, poco profesional, con criterios no empresariales y con las rigideces derivadas de la contabilidad pública, que habían llevado a su obsolescencia y falta de competitividad, pese a la gran capacidad técnica y formación de sus cuadros y trabajadores. Su opinión la resume en pocas palabras la siguiente acotación del diario del 29 de enero: «es el medio de acabar con la independencia del cuerpo [de artillería] en la administración y gerencia de las fábricas, donde vienen haciendo mangas y capirotos, pero no armas».

amplio de actividades (14). El Reglamento del Consorcio, aprobado por Orden Circular de 25 de abril de 1933, sí obliga al Estado a adquirir al mismo todo el material que necesite y que éste produzca (15). Toda esta operación produjo numerosas protestas tanto del Ejército, que venía manejando con total autonomía las fábricas, como de los empresarios particulares, que no habían encontrado en ellas hasta ese momento competencia alguna (16).

Esta política cambió radicalmente con la Ley de 1 de marzo de 1935, aprobada ya tras el cambio de Gobierno que aupó a J. M.^a Gil Robles a la cartera de Guerra (17). La Ley crea en el Ministerio de la Guerra una Dirección General de Material e Industrias Militares, que «tendrá a su cargo todas las actividades de fabricación, distribución de las adquisiciones entre la industria civil y la militar, pliegos de condiciones (...). En consecuencia, dependerán de ella todas las fábricas, talleres, laboratorios y centros de movilización industrial y experimentación técnica del armamento y material del Ejército» (art. 2). Se hace el mismo llamamiento de 1918 a la necesaria reorganización empresarial de los establecimientos fabriles de los Ejércitos (art. 3), lo que es tal vez sorprendente porque al mismo tiempo se suprime el Consorcio, que había sido precisamente un intento de reor-

(14) Hay que tener en cuenta, además, que la Ley preveía una dotación presupuestaria adicional durante doce años, que debía ser, junto con el valor de los inmuebles de que era titular, la base de un empréstito que le permitiera formar su capital de explotación (art. 6) y, por tanto, aumentar su capacidad productiva. Se trataba, en definitiva, de fortalecer empresarialmente a dicha empresa y ponerla en condiciones de competir en los mercados nacional e internacional.

(15) El artículo 29 del Reglamento establece: «Por constituir el Consorcio de Industrias Militares un organismo del Estado, no distinto de la Administración pública, aunque con la personalidad jurídica y régimen de autonomía que le asigna la ley de su creación, los Ministerios de la Guerra y de Marina, incluso en sus ramas de Aeronáutica, como asimismo cualquier otro que necesite adquirir material que el mismo fabrique, lo verificará a la referida Entidad con sujeción a lo establecido en los artículos siguientes. Dichos Ministerios, al determinar el Plan de Labores preciso para cada año económico, y una vez autorizados los créditos presupuestarios para sufragarlo, señalarán las obras que deban encomendarse al Consorcio de Industrias Militares, y si bien se procurará encomendar al expresado organismo, a ser posible, la totalidad de las construcciones para que esté capacitado, cuando circunstancias especiales lo aconsejen, encargará a la industria privada las que considere preciso».

(16) Según indica F. COMÍN COMÍN, en *La empresa pública en la España contemporánea: formas históricas de organización y gestión (1770-1995)*, Fundación Empresa Pública, Documento de Trabajo núm. 9505, Madrid, 1995, pág. 40, la Ley «suscitó las suspicacias de las fuerzas económicas, además de las protestas del ejército, al que Azaña pretendía arrebatar el control de los establecimientos militares; la Federación de Industrias Nacionales llegó a acusar al Estado de competencia desleal con la iniciativa privada. Aunque las fábricas militares no se cedieron a la gestión privada —como sugerían aquellos intereses económicos—, el Consorcio se disolvió en febrero de 1935, y la industria militar pasó a depender de la Dirección Ministerial de Material e Industrias».

(17) Dicha Ley fue objeto de una curiosa operación normativa, puesto que una nueva Ley de 4 de julio del mismo año la modificó, pero, en vez de introducir esas reformas en los concretos artículos a los que afectarían (muy pocos), volvió a aprobar el nuevo texto íntegro de la Ley.

ganización (Disposición Adicional). La Ley pretende claramente distribuir las compras del Ejército entre la industria pública y la privada, garantizando la supervivencia de ambas y evitando que la primera pueda perturbar a la segunda, lo que lleva también a suprimir toda posible expansión de los establecimientos militares hacia producciones civiles (18). Aparentemente, se trata de una norma dirigida a la protección de los intereses de los fabricantes privados, partiendo de que la colaboración con ellos es la mejor forma de satisfacer las necesidades públicas en un sector tan especial. En todo caso, la licitación de esta clase de suministros no se ajusta a las reglas ordinarias de la contratación pública: primero se efectúa una distribución de los programas de inversiones entre las fábricas públicas y las privadas, y después la Dirección distribuye libremente la parte que corresponda a las fábricas públicas entre los distintos centros, y la que corresponde a los particulares mediante concurso (19).

(18) Las finalidades de la Ley se manifiestan claramente en su articulado. El artículo 4, párrafo 2.º, dispone: «Del plan de labores para cada ejercicio se adjudicará a la industria oficial aquella parte que sea necesaria para que el trabajo en los establecimientos sea regular y normal, con el fin de crear y mantener un plantel de personal técnico, pericial y obrero experto en la fabricación de material de guerra. El resto del armamento, material y municiones, pólvoras y explosivos se confiará a la industria civil capacitada para llevar a cabo la fabricación, procurando siempre el Estado confiar a las fábricas particulares que cuenten con instalación y sean aptas para ello, algunos pedidos educativos que les permitan sostener un personal especializado y los elementos de que disponen actualmente para la fabricación de armamento, material y municiones de guerra». También es muy indicativo el artículo 5: «Los establecimientos oficiales podrán modernizar y ampliar sus instalaciones para casos de conflicto, *pero sin que esto suponga para tiempo de paz el aumento sobre lo establecido en el artículo anterior de sus programas de fabricación en perjuicio de la industria civil*, ni tampoco el de sus plantillas de personal auxiliar y obrero». El planteamiento es, como se puede comprobar, totalmente opuesto al del Consorcio. El Estado distribuye sus encargos entre los establecimientos públicos y privados con el criterio de reservar a éstos el mercado, siempre que se otorgue a los públicos el mínimo de encargos que les permitan mantener su plantilla y, en definitiva, su capacidad de producción. Sobre todo se evita que los establecimientos públicos puedan hacer competencia a los privados o privarles del mercado que proporcionan los contratos con la Administración. Lo que queda corroborado en el artículo 12, que dispone: «Los establecimientos militares dependientes de la Dirección [es decir, los de titularidad pública] no podrán elaborar artículos comerciales de los que la industria civil nacional puede abastecer al mercado, con excepción de los productos cuya fabricación ha sido autorizada con anterioridad a esta Ley y que se elaboran actualmente».

(19) Así se desprende de los artículos 6 y 7 de la Ley y del Decreto de 19 de agosto de 1935, que dicta «Normas sobre adquisición de material» en desarrollo de ella. Según esta última norma, «[F]ijados los créditos y la clase y cuantía del armamento y material que con ellos haya de adquirirse, la Dirección de Material e Industrias Militares propondrá al Estado Mayor Central la distribución de su adquisición entre las fábricas militares y los establecimientos de la industria privada, *teniendo en cuenta la necesidad de mantener los cuadros especializados de aquéllas*» (art. 4). «La Dirección de Material e Industrias distribuirá entre las fábricas militares la obra que se le haya asignado, la cual servirá de base para la redacción de sus planes de labores» (art. 5). «La adquisición de material, armamento o municiones (...) a la industria privada se realizará con arreglo a los preceptos del vigente Reglamento de Contratación Administrativa, según los pliegos de condiciones técnicas que redacte la Dirección de Material e Industrias y las legales que se redacten al efecto» (art. 6).

b) *La creación de las empresas Santa Bárbara y Bazán y su peculiar régimen jurídico*

En los años cincuenta de este siglo, y en el marco de la política de industrialización articulada alrededor del INI, se decide convertir en una empresa pública («Empresa Nacional Santa Bárbara, S.A.», en adelante ENSB), integrada en el INI, a las fábricas militares que venían siendo gestionadas directamente por los Ejércitos. Pero ello no debía suponer la ruptura de todo vínculo entre el Ministerio de Defensa, monopolista de compra de estos productos en el mercado nacional, y los citados establecimientos, sino que se trataba de convertir a esta empresa en el suministrador básico del Ejército español, garantizando así su supervivencia y desarrollo, así como la reversión a favor de los intereses nacionales, tanto económicos como tecnológicos, de los cuantiosos fondos dedicados en todo momento a la adquisición de suministros militares. La legislación de posguerra dejó claro desde el primer momento que el principio de subsidiariedad no se aplicaba a la industria militar, lo que suponía, de algún modo, tomar partido por Azaña y su Consorcio de Industrias Militares frente a Gil Robles y la idea de reserva del mercado básicamente a las empresas privadas (20).

Esta política estatal se articuló a través de la Ley 44/1959, de 30 de julio, sobre Reorganización de la Industria Militar, que dispuso la creación de la ENSB a partir de las fábricas y talleres militares, así como la celebración de un contrato entre el INI y el Ministerio de Defensa, que debía ser aprobado mediante Real Decreto y en el que se debían regular las relaciones entre la empresa y el Ministerio, alrededor de ese principio básico que debía ser la condición de suministrador privilegiado de la ENSB (21). Así se hizo, aprobándose por

(20) Así, la Ley de 24 de noviembre de 1939, de Protección y Fomento de la Industria Nacional, establece en su artículo 15 que «[l]as industrias del Estado y las de las Corporaciones y Organismos públicos no podrán competir ventajosamente con las particulares en la fabricación de artículos *no relacionados con la Defensa de la Nación*», lo que significa que en ese concreto campo sí cabía la competencia ventajosa de las empresas públicas. Dentro del cuadro general intervencionista que establecía dicha Ley en materia industrial, las empresas privadas «que en tiempo de paz fabriquen normalmente material de guerra o elementos de aplicación inmediata a la misma» [art. 3.A)] quedaban sometidas a un régimen aún más severo [arts. 4.a) y 5.b), entre otros].

(21) La Ley 44/1959, de 30 de julio, sobre reorganización de la Industria Militar, ordena al INI la constitución de una Sociedad Anónima dedicada a la fabricación de armamento y material de guerra, que se haga cargo, a este fin, de los establecimientos militares que venía explotando directamente el entonces Ministerio del Ejército. Uno de los objetivos de la Ley, que por tanto va unido inseparablemente a la propia constitución de la ENSB, es asegurar a esta empresa un flujo estable de pedidos por parte del Ministerio de Defensa. La Exposición de Motivos es clara al respecto: «Es necesario *que se definan* (...)

medio del Decreto 808/1960, de 4 de mayo, un primer contrato, y después un segundo contrato, aprobado por el RD 1767/1981, de 3 de agosto, modificado posteriormente por el RD 761/1993, de 14 de mayo (22).

En el sector naval, y tras múltiples vicisitudes anteriores, se siguió una política similar que, con algunos antecedentes de importancia, se articuló a través de la Ley 45/1966, de 23 de julio, de Reestructuración de la Empresa Nacional «Bazán». El artículo 1 «encomienda al Instituto Nacional de Industria y en su representación a la Empresa Nacional «Bazán» de Construcciones Navales Militares, S.A., la misión principal de ejecutar los Programas Navales Militares y sus obras complementarias». La empresa se encargaría de la gestión de los astilleros militares enumerados en el artículo 2, y sus relaciones con el Ministerio de Marina debían regularse por medio de un con-

*unos programas de trabajo en contrataciones y facturaciones a largo, medio y corto plazo, cifrados adecuada o por lo menos aproximadamente y en estrecha correlación con las posibilidades de créditos presupuestarios, por un lado, con las instalaciones técnicas y las plantillas de personal de los establecimientos que hayan de ser transferidos, a fin de que la nueva Empresa pueda preparar su programa completo de producciones militares y civiles que le permita un desenvolvimiento sano y normal, orgánico, funcional y económico». Lo que se refleja en la parte dispositiva de la Ley, cuyo artículo 4 establece: «Las relaciones entre el Ministerio del Ejército y la nueva Entidad se regularán por medio de un Contrato en el que quedarán establecidas las condiciones necesarias para su futuro desenvolvimiento y mejor servicio, a fin de garantizar, por un lado, la conservación de la eficacia industrial y el mejor desarrollo de las fábricas, por otro lado, las posibilidades del normal y satisfactorio desenvolvimiento de la Empresa que se constituye, y, en definitiva, todos los superiores intereses nacionales afectados». Hay que tener presente también la actuación paralela y simultánea que estaba llevando a cabo el INI respecto a la Marina Mercante: vid. J. M.^o VALDALISO, *La Empresa Nacional «Elcano» de la Marina Mercante y la actuación del INI en el sector naval durante la presidencia de J. A. Suanzes*, Fundación Empresa Pública, Documento de Trabajo núm. 9802, Madrid, 1998.*

(22) Del contenido del contrato interesa especialmente la cláusula 7.^a, por ser la que desarrolla las previsiones de la Ley transcritas más arriba, y que asegura a ENSB la obtención de pedidos por parte de Defensa («Defensa encomendará a la Empresa la ejecución de los programas de armamento, munición y material militar y sus actividades complementarias que correspondan, en función de los créditos ordinarios y extraordinarios disponibles así como de otros recursos financieros que puedan ser autorizados»). De dicha cláusula, puesta en relación con el resto del contrato, se deduce que Defensa debe encargar a ENSB la ejecución de sus programas de armamento, munición y material militar, sin otros límites que las disponibilidades presupuestarias, la eventual incapacidad de ENSB para cumplir el encargo y los «altos intereses de la Defensa Nacional», que justifican, en su caso, que se contrate en el extranjero o con empresas nacionales distintas de ENSB. En la redacción se emplean conceptos jurídicos indeterminados, pero pueden ser concretados por el intérprete, al menos dentro de ciertos límites. El contrato prevé, además (cláusulas 31.^a y 32.^a), eliminando un posible factor de incertidumbre en su aplicación que si la empresa no está capacitada para cumplir un determinado encargo, Defensa debe proporcionarle, dentro de ciertos límites, esa capacitación, sin poder aprovechar esa circunstancia para contratar con terceros. Sin olvidar, además, la clara directiva contenida en la cláusula 7.^a, apartado 5: «Todos estos criterios estarán dirigidos a la progresiva *nacionalización* de la producción de material bélico de procedencia extranjera».

trato (art. 3) (23). Dicho contrato fue aprobado por el Decreto 2420/1966, de 10 de septiembre (24).

c) *La derogación de este conjunto normativo en 1998*

La Ley 50/1998, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («Ley de Acompañamiento»), incluye

(23) Los antecedentes de esta Ley hay que situarlos en la toma de conciencia de los Gobiernos, en el último tercio del siglo XIX, de la total decadencia de los astilleros españoles, tanto de los privados como de los arsenales de la Armada, que no sólo venían arrastrando una vida lánguida durante todo el siglo, sino que habían quedado totalmente desfasados con la introducción del vapor y de los buques acorazados. La Ley de Escuadra de 1887 pretendió solucionar esta situación mediante un programa de inversiones públicas de gran importancia económica (el encargo de los buques de guerra de la citada escuadra), canalizado hacia la industria nacional, tanto los astilleros privados como los públicos. El programa fue positivo a corto plazo para los astilleros privados, aunque fracasó en sus finalidades de fondo, puesto que no sirvió para animar su producción de forma duradera, ante la inexistencia de una demanda suficiente. Los arsenales públicos no lograron mejorar su situación, que era de mala gestión y deficiente funcionamiento. Vid. A. LOZANO COURTIER, *La organización industrial de los Arsenales del Estado en el último tercio del siglo XIX*, Fundación Empresa Pública, Documento de Trabajo núm. 9406, Madrid, 1994, págs. 81-84, y R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 228-231. Ante esta situación, se decidió cambiar la forma de gestión de los arsenales de la Armada, pasando del sistema de gestión directa a su arriendo a un particular, con el añadido de que ese particular sería además el destinatario de una serie de encargos de la Armada. Nótese que este sistema es el que se seguiría después con las Empresas Nacionales Santa Bárbara y Bazán, si bien éstas son empresas públicas y en consecuencia son beneficiarias de una adjudicación directa, en lugar de acceder mediante concurso. En 1909 se adjudica el concurso para la gestión de los Arsenales a la Sociedad Española de Construcciones Navales, consorcio en el que participaban inversores nacionales y también varios grupos británicos, en el que destacaba Vickers. Sobre el concurso de 1909, que llevó a la creación de la Sociedad Española de Construcciones Navales, y sus antecedentes, vid. R. SUÁREZ MENÉNDEZ, «La industria militar», cit., págs. 231-234; F. COMÍN COMÍN, *La empresa pública en la España contemporánea*, cit., págs. 25-26. En general se valoran positivamente las consecuencias de este arrendamiento, que subsistió hasta 1939. Por cierto que en esa empresa trabajó J. A. Suanzes, luego creador del INI, desde 1932 (cuando abandonó el Ejército) hasta 1935, año en que dimitió del alto cargo que ocupaba por entender que la empresa matriz (Vickers) había perjudicado los intereses de su filial española. Tal vez esta experiencia impulsase de algún modo los planes posteriores para la Empresa Bazán. Vid. P. SCHWARTZ/M.-J. GONZÁLEZ, *Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976)*, Madrid, 1978, págs. 17-18. La Ley de 1 de septiembre de 1939 creó en el Ministerio de Marina, al margen y completando su estructura orgánica, una Dirección de Construcciones e Industrias Navales Militares, «organismo que, con las características de flexibilidad y eficacia de una organización industrial, será responsable ante el ministro del desarrollo de las construcciones navales y de su más rápida, eficiente y completa nacionalización en todos sus aspectos» (art. 1). Todo ello se enmarca, según la Exposición de Motivos, en una política expansiva de construcción naval «que señale el punto de partida del resurgimiento de España como potencia naval». Las funciones atribuidas a la Dirección de Construcciones indican claramente la intención de subordinar los suministros navales militares a orientaciones políticas, y por tanto no exclusivamente a criterios económicos o a los principios de publicidad y concurrencia. Aunque no se establece expresamente la constitución de una empresa pública, puesto que lo principal era poder conseguir los suministros necesarios, se apunta claramente en esa dirección. Así, según el artículo 2, la Dirección debería «[p]lanear y promover el desenvolvimiento de las factorías e industrias necesarias para la ejecución de los programas navales con el ritmo

una batería de disposiciones (art. 54 y Disposiciones Transitoria 3.^a y Derogatoria 2.^a) que derogan este régimen jurídico sectorial y que, aunque no son explicadas en absoluto en la Exposición de Motivos, parecen claramente destinadas a hacer posible la privatización de la ENSB, actualmente en marcha (25). En efecto, carecería de sentido

e intensidad precisos para su desarrollo en tiempo oportuno». También se le encomienda «[p]residir las representaciones del Estado en los organismos industriales en los que aquél tenga que intervenir por razón de las construcciones navales militares», lo que nos remite a un modelo en el cual el Estado, o es titular de las empresas suministradoras, o tiene una intervención *orgánica* en ellas, lo que va mucho más allá de sus habituales potestades de dirección de obra y de inspección del trabajo de los contratistas. La posibilidad de que los suministros navales los aportasen astilleros públicos o del propio Ejército se percibe también en el empleo alternativo de las expresiones «contrato» y «orden de ejecución» como instrumentos jurídicos de cada encargo [art. 2, apartados *d*) y *e*]). La orden de ejecución, figura presente también en las normas reguladoras de la ENSB y de la EN Bazán, es el negocio que regula cada uno de los encargos que hace la Administración a una empresa pública con la que tiene un convenio general que regula su colaboración. Es destacable también, como antecedente de las Leyes posteriores y a la vez como algo totalmente lógico dentro de las tendencias de la época, la insistencia en que la Dirección de Construcciones debía tener la estructura y organización típicas de una empresa industrial, alejada por tanto de los criterios puramente burocráticos. La función de la Dirección de Construcciones no era, pese a su estructura empresarial, la ejecución material de los programas navales del Estado. Dicha labor se encomendaba, bajo la orientación de dicho centro, a «entidades de tipo industrial», según indica la Exposición de Motivos. Una Ley aprobada al día siguiente, el 2 de septiembre de 1939, procede a denunciar el contrato vigente con la Sociedad Española de Construcción Naval (que databa del 16 de junio de 1909), por el que se habían cedido a esta empresa las zonas industriales de los arsenales y astilleros de El Ferrol y Cartagena, estableciéndose un plazo transitorio de un año hasta la total cesación de sus efectos. Asimismo, se creó un Consejo Ordenador de las Construcciones Navales Militares, como órgano de transición que, reordenando esas capacidades industriales recuperadas y vigilando las incidencias del proceso de liquidación del contrato, diese paso a una nueva entidad (o varias), cuya constitución se ordenaba para un plazo no superior a quince meses desde la publicación de la Ley, y a la que se encomendaba la ejecución de los programas. Por Ley de 11 de mayo de 1942 se procedió a establecer para los arsenales un régimen muy similar al que hemos visto que se fijaría en 1959 para las industriales militares terrestres. El artículo 1 disponía: «Se constituirá una Sociedad anónima que, con capital enteramente estatal, tendrá como principal misión (...) la de ejecutar los Programas Navales y sus obras complementarias». En el artículo 2 «[s]e encomienda al Instituto Nacional de Industria (...) la creación y financiamiento de la Empresa», y en el artículo 8 se dispone que «[l]as relaciones entre el Ministerio de Marina y la futura Empresa serán reguladas por medio de un contrato, en el que quedarán establecidas todas las condiciones necesarias para su normal desenvolvimiento y, por lo tanto, para el mejor servicio». Este contrato se aprobó por Decreto de 8 de noviembre de 1946, y la empresa creada fue la Empresa Nacional Bazán. Su duración era de veinte años, lo que dio lugar a la firma de un nuevo contrato en 1966 (al que hago referencia en el texto), previa la aprobación de un nuevo texto legal.

(24) La cláusula 5 del contrato dispone que «[l]a Marina encomendará a la Empresa la ejecución de los Programas Navales Militares aprobados o que se aprueben durante la vigencia del Contrato, y las obras complementarias de los mismos (...). Sobre las vicisitudes de la constitución de la Sociedad y la celebración del contrato, vid. P. MARTÍN ACEÑA y F. COMÍN, *INI. 50 años de industrialización en España*, Madrid, 1991, págs. 221-223.

(25) Se derogan las Leyes de 11 de mayo de 1942, 23 de julio de 1966 (modificativa de la anterior) y 30 de julio de 1959, y los Decretos de 10 de septiembre de 1968 y 3 de agosto de 1981 que, en ejecución respectivamente de las Leyes de 11 de mayo de 1942 y 30 de julio de 1959, aprobaron los contratos que regulaban hasta ahora la cooperación entre el Ministerio de Defensa y las Empresas Nacionales Bazán y Santa Bárbara.

seguir reconociendo la condición de suministrador privilegiado a esta empresa una vez privatizada, más aún si sus principales accionistas pasan a ser grupos extranjeros. La Ley ordena la liquidación de los contratos que venían regulando las relaciones entre la Administración del Estado y las empresas Santa Bárbara y Bazán (con lo que estas empresas pasarían a estar sometidas al régimen jurídico ordinario de las empresas públicas, sin ninguna posición de privilegio respecto a las adjudicaciones de programas del Ministerio de Defensa), y autoriza al Gobierno para ceder a estas sociedades (así como a «Santa Bárbara Blindados», que es una escisión de la ENSB creada a partir del RD 761/1993) las factorías e inmuebles que venían explotando como cesionarias (26).

3. UN SORPRENDENTE ESTRAMBOTE JUDICIAL: LA SUPUESTA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY 44/1959 POR LA CONSTITUCIÓN

El régimen jurídico de las empresas públicas de armamento ha vuelto a la actualidad jurídica, una vez derogado, de la mano de dos recientes sentencias de la Audiencia Nacional a las que no es aventurado suponer que seguirán varias más (así como otras del Tribunal Supremo en respuesta a los recursos de casación interpuestos no sólo por los demandantes, que han visto desestimadas sus pretensiones, sino también por el Abogado del Estado, lo que indica clara-

(26) La derogación de este grupo normativo presenta otro flanco curioso. A pesar de que la Ley 50/1998 ha eliminado prácticamente toda norma peculiar de estas empresas, toda disposición que las singularice sobre cualquier otra empresa pública, el artículo 54.4 dispone: «Las factorías, fábricas e instalaciones mencionadas en los apartados anteriores [se refiere a los establecimientos industriales de titularidad militar que fueron cedidos temporalmente a la ENSB y demás empresas y que ahora, en ejecución de la Ley 50/1998, se les van a vender] seguirán afectas a los fines de interés para la defensa nacional para las que fueron cedidas». ¿En qué se va a traducir esa afectación, si los bienes a que se refiere son ahora bienes privados pertenecientes a sociedades estatales en trance de privatización? Hasta ahora, la afectación de tales bienes a la defensa nacional era consecuente con su titularidad (Administración del Estado) y con su función, que era la fabricación de material de defensa cuyo destino básico era la propia Administración y en un marco jurídico de colaboración con ella. Es al menos paradójico que se mantenga la afectación pública de estos bienes justo cuando se deroga el régimen jurídico específico de este sector y se lo somete a las reglas de la contratación pública y de las empresas públicas de interés puramente económico, es decir, cuando se elimina lo que hasta ahora era el fundamento de dicha afectación. Más bien parece que el artículo 54.4 está destinado a enervar eventuales solicitudes de reversión (ya anunciadas en algunos casos). A lo que cabe añadir que la cautela es innecesaria, dado el reciente estrangulamiento del derecho de reversión por obra de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, especialmente en la Disposición Transitoria 2.ª, y en la nueva redacción del artículo 54.2.b) de la LEF. Sobre este tema, vid. J. GARCÍA LUENGO, *Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión*, «REDA», 106 (2000), págs. 187-200.

mente el valor objetivo de la cuestión planteada y la extrañeza provocada por las sentencias). Al margen de los datos normativos, lo cierto es que desde los años ochenta los sucesivos Gobiernos venían ignorando la Ley 44/1959 y adjudicando los contratos a unos u otros proveedores, lo que dio lugar al empeoramiento de la situación de la ENSB y al temor de sus trabajadores de que fuese cerrada o vendida en malas condiciones. De ahí la interposición de distintos recursos contencioso-administrativos en los que se impugnaba la adjudicación de diferentes contratos a terceros en violación flagrante de la Ley 44/1959 (que no era ni siquiera mencionada en los respectivos procedimientos de contratación) y se solicitaba que se declarase el derecho de la ENSB a la adjudicación de tales contratos.

Enfrentada directamente a la cuestión de si la Administración había vulnerado, en distintas adjudicaciones de contratos de suministros, el entramado normativo constituido por la Ley 44/1959 y el contrato Defensa-INI, la sentencia de la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 1999 (a la que sigue literalmente otra de 9 de diciembre) desestima íntegramente en cuanto al fondo el recurso interpuesto, porque entiende que la Ley 44/1959, base de las pretensiones formuladas, fue derogada tácitamente por la CE. Tras rechazar distintas causas de inadmisión opuestas por los demandados, afirma, en el 4.^o Fundamento de Derecho:

«La Ley 44/1959, de 30 de julio, *debe ser encuadrada en el seno de la Constitución Española*, en concreto en el artículo 38 que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, así como en la disposición final derogatoria, punto 3 (...). Con respecto a la primera cuestión, libertad de empresa, el artículo 38 CE la reconoce en el marco de la economía de mercado y manda que los poderes públicos garanticen y protejan su ejercicio y defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. El principio de libertad de empresa, señala el Tribunal Supremo —Sentencia de 15 de octubre de 1996, Sala Tercera, Sección Tercera—, “hay que cohonestarlo con las demandas de interés general o del bien público”, y añade que “sobre el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, conectando dicho precepto con los artículos 128 y 131 de la Norma Suprema, señalando que dichos preceptos

constitucionales establecen límites dentro de los que pueden moverse los poderes públicos al adoptar medidas que puedan incidir sobre el sistema económico de la sociedad". Tras el cambio operado en el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución, debe tenerse en cuenta que la Ley 44/1959 se promulgó en un momento económico y político muy determinado. Como se señala de contrario, el contenido de esa Ley pretendía conseguir "que los suministros de armamento se nacionalicen en grado máximo no dependiendo de mercados exteriores, de los que era difícil conseguir entonces los medios requeridos para nuestra defensa. Esa situación ha sido ampliamente superada tras el advenimiento de la democracia, tras nuestra incorporación a las Comunidades Europeas y nuestra presencia en alianzas de defensa internacionales". Como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1997, Sala Tercera, Sección Sexta, el derecho a la libertad de empresa proclamado en el artículo 38 de la Constitución no puede entenderse como un derecho absoluto... sin que haya ninguna razón para que los empresarios se encuentren en una situación privilegiada respecto al resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta. Lo que entronca, asimismo, con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución. Por lo tanto, la Ley 44/1959, de 30 de julio, *habrá de entenderse derogada en lo que [se] oponga a la Constitución por aplicación de la ya citada disposición derogatoria, punto 3.*»

A partir de aquí, la sentencia da por derogada la Ley 44/1959 y pasa a examinar, a la luz de la LCAP, la legalidad del contrato impugnado, concluyendo con la desestimación del recurso, como era, por otra parte, lógico dado que su único punto de apoyo se encontraba precisamente en la Ley 44/1959 y en el contrato celebrado, a su amparo, entre el Ministerio de Defensa y el antiguo INI (27).

(27) En realidad, el hilo argumental de la sentencia es algo más complejo. En el fundamento 4.º se llega a la conclusión de que la Ley 44/1959 fue derogada por la CE, de modo que la Administración obró conforme a Derecho al someterse a la LCAP en la adjudicación del contrato. Sin embargo, en el fundamento 5.º vuelven a aparecer la Ley 44/1959 y el contrato Defensa-INI: «no es cierto que de las cláusulas 31.ª y 32.ª del contrato que figura en el Anexo del Real Decreto 1766/1981, de 3 de agosto, se deduzca que el Ministerio de Defensa está obligado a facilitar la capacitación de la Empresa Nacional Santa Bárbara, S.A. Precisamente lo que allí se dice es lo contrario: "que la Empresa tendrá la

El Tribunal efectúa un quiebro ciertamente notable y sorprendente. Importa destacar no sólo que ninguna de las partes había alegado la eventual inconstitucionalidad de la Ley 44/1959 (lo que supone un primer motivo de crítica a la sentencia, toda vez que el Tribunal ignoró absolutamente el art. 33.2 LJ y no sometió a las partes ese posible argumento relevante), sino que esa tesis no fue apuntada siquiera en ninguno de los dictámenes que distintos juristas destacados, cultivadores tanto del Derecho administrativo como del mercantil, emitieron a raíz de la interposición del recurso y que constaban en el expediente administrativo (28). Todo ello haría presumir, en buena lógica, una sentencia profusamente motivada que argumentase exhaustivamente una tesis tan radical, pero las cosas no son así, tal vez porque el Tribunal entendió que tras la Ley 50/1998 el caso había quedado resuelto.

4. UNA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CARENTE DE MOTIVACIÓN

Llama la atención en estas sentencias el hecho de que, en rigor, el Tribunal no motiva en modo alguno la conclusión a la que llega. En sentido estricto, no se dice en ningún momento que la Ley 44/1959

obligación de capacitarse adecuadamente para ejecutarlos (los planes del Ministerio de Defensa), para lo que recibirá la ayuda técnica que 'pueda' prestársele". Por lo demás, la cláusula 7.^a no deja lugar a dudas acerca de las posibilidades de contratación de la Administración: "Los altos intereses de la Defensa Nacional serán siempre prioritarios sobre cualquier otra consideración, permitiendo a Defensa contratar en el extranjero o con la industria nacional cuando aquellos intereses lo hagan necesario". La sentencia está, en este punto, invirtiendo la carga de la prueba sin fundamento alguno. Como la Ley 44/1959 y el contrato no convierten a la ENSB en contratante obligado del Ministerio de Defensa, sino que admiten algunas excepciones (incapacidad de la empresa, intereses públicos), el Tribunal dice que el demandante no ha probado que en el caso concreto no se daba ninguna de esas excepciones. Ahora bien, es claro que, o bien la Ley 44/1959 está derogada y por tanto es totalmente inaplicable, o bien está vigente y entonces es la Administración contratante la que debe hacer constar en el expediente que en ese caso concreto se da una circunstancia excepcional de las que le permiten no encargar el suministro a la ENSB y acudir a otros procedimientos de selección del contratista. Cuando se otorga una dispensa o se adopta una medida excepcional, distinta de la aplicable con carácter general, es quien la adopta el que debe justificar por qué se aparta de la regla general, en lugar de ser, como pretende la sentencia, quien la impugna el que tenga que probar (*probatio diabolica*) que no había ningún motivo que justificara el apartamiento de la regla general.

(28) Tanto los informes como los escritos de contestación a la demanda insistían sobre todo en que la conducta de la Administración podía estar justificada por los preceptos de la Ley 44/1959 que le permiten apartarse, en ciertos casos, de la regla general de contratar con la ENSB y hacerlo con terceros. Lo que pretendían estas argumentaciones era, además, alterar la carga de la prueba, es decir, exigir a los demandantes que probaran que no se daba ninguno de esos supuestos especiales, en lugar de que sea la Administración la que acredite que se da una causa concreta que le impide contratar con la ENSB, que es a lo que viene obligada por la Ley 44/1959 como regla general.

haya sido derogada por la CE: sólo se dice que «habrá de entenderse derogada en lo que [se] oponga a la Constitución», algo obvio que podría predicarse de cualquier norma preconstitucional. Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal da por hecho que la Ley es inaplicable y hay que entender que ello es debido a su derogación, pues no se aporta ningún otro argumento.

Ahora bien: ¿con qué precepto de la CE es incompatible la Ley 44/1959 y por qué? Responder a estas cuestiones es, parece, el mínimo exigible a una resolución judicial para que se la pueda reconocer como respuesta jurídicamente fundada a la pretensión del particular. No hacerlo bordea, al menos, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, abre las puertas al recurrente para interponer el recurso de casación por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia [art. 88.1.c) LJ] y después, en su caso, el de amparo (29).

Las sentencias, si bien identifican implícitamente en el artículo 38 el precepto constitucional con el que la Ley 44/1959 colisiona, no razonan ni poco ni mucho por qué es incompatible con el derecho a

(29) La jurisprudencia constitucional acerca de la motivación de las sentencias en cuanto exigencia del artículo 24.1 CE (además de estar ordenada directamente en el 120) puede sintetizarse en el siguiente pasaje de la STC 46/1996 (a la que sigue, por ejemplo, la 231/1997): «Este Tribunal ha elaborado una amplia doctrina sobre la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 122/1994, 177/1994 y 153/1995, entre otras muchas), que puede resumirse en las siguientes declaraciones: a) La obligación de motivar las Sentencias que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales, puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE que comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, determina la necesidad de que las resoluciones judiciales (Autos y Sentencias) contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del artículo 24.1 CE; b) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la *necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo*, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden *conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial*, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción». La STC 224/1997 desarrolla también las exigencias constitucionales a la motivación, en unos términos a los que se han remitido después las SSTC 237/1997 y 36 y 47/1998: «La motivación de las sentencias, como exigencia constitucional (art. 120.3 CE) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden (uno de ellos, éste de amparo). Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993). *La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y, menos aún, en una manifestación de voluntad, que sería una proposición apodíctica, sino que éstas —en su caso— han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones».*

la libertad de empresa el otorgamiento a una empresa pública, mediante Ley formal, de la condición de suministrador preferente del Ministerio de Defensa en ciertas materias. Las sentencias se limitan a invocar el artículo 38 CE y a añadir unas afirmaciones jurisprudenciales totalmente genéricas, en las que se recuerdan cosas tan obvias como que la libertad de empresa ha de armonizarse con las exigencias del interés general y con la iniciativa pública económica, que supone un límite a la actuación de los poderes públicos y que no atribuye ningún privilegio a los empresarios sobre otros ciudadanos. Por tanto, la afirmación de que la Ley 44/1959 es contraria a la CE merece el calificativo de inmotivada porque no se apoya en ningún razonamiento (30).

Tal vez sea oportuno destacar que la motivación era especialmente necesaria en esta sentencia, ya que la tesis por ella sustentada, lejos de ser evidente o apodíctica, significa una rectificación en toda regla de la Ley 50/1998, puesto que ésta dio por válida y vigente a la Ley 44/1959, al derogarla (como hicieron los sucesivos Gobiernos al aprobar, en 1981 y 1993, sendos Reales Decretos en ejecución de ella). En 1998, veinte años después de la aprobación de la CE, las Cortes aprueban una norma (la Ley 50/1998) que deroga expresamente la Ley 44/1959 (sin hacer reserva alguna del tipo de «en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia») y dispone la extinción y liquidación de los contratos celebrados a su amparo, ordenando las relaciones patrimoniales entre las entidades afectadas. En el debate parlamentario, tan limitado como el de toda norma incluida en una Ley de Acompañamiento, se discutió la oportunidad de la disposición pero en absoluto se planteó que fuese innecesaria por estar derogadas las normas a las que afectaba (y tampoco consta en absoluto en el trámite parlamentario o en el expediente administrativo informe alguno, por ejemplo de los Letrados de las Cortes, que apuntase dicha posible derogación). Es cierto que el Ministerio de Defensa pudo equivocarse durante veinte años al dar por vigentes normas de-

(30) También cabría hablar, en este análisis formal de la sentencia, de algunos pseudo-razonamientos. Así, la sentencia asume como propia (en el párrafo que he reproducido en el texto) una afirmación del representante de la empresa que compareció en calidad de codemandada, según la cual la Ley 44/1959 fomentaba la producción nacional ante la dificultad que entonces tenía España para contratar suministros militares en el extranjero, debido al «momento económico y político muy determinado» en el que se encontraba, de lo que se deduciría la derogación de la Ley una vez superado ese aislamiento. Se trata, por tanto, de una aplicación del principio *cessante causa legis, cessat lex ipsa*. Con independencia de los razonamientos un tanto amargos que puede suscitar la ingenua tesis de la sentencia (la experiencia reciente demuestra que nadie tiene dificultades para abastecerse de armamento si puede pagarlo, incluidos Gobiernos o fuerzas rebeldes que cometen violaciones flagrantes de los derechos humanos), falta por decir de dónde se deduce, jurídicamente, esa potestad judicial de declarar derogada una norma cuando se entiende que su finalidad ha desaparecido.

rogadas, y que las Cortes también pudieron hacerlo en 1998 al derogarlas expresamente, pero tal vez este dato debería haber llevado al Tribunal a razonar con especial cuidado por qué entiende que la Ley 44/1959 fue derogada por la CE (31).

Del mismo modo, la tesis de las dos sentencias que estoy analizando supone un giro radical frente a una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía aplicando sin problema alguno estos contratos. En ejecución de los mismos, el Ministerio de Defensa adjudicó distintos encargos a la ENSB (así como a la EN Bazán), en cuya ejecución se produjeron los conflictos usuales entre la Administración y sus contratistas: responsabilidad por incumplimiento o demora, compensación por el ejercicio del *ius variandi*, etc. Todos estos conflictos fueron resueltos por el TS aplicando el régimen jurídico específico de estas empresas, tanto antes como después de la Constitución, y sin plantearse en ningún momento su inconstitucionalidad (32).

Otro aspecto que no se razona en absoluto y que habría exigido una argumentación específica es el relativo a la naturaleza contractual del acto que regula las relaciones entre la ENSB y la Administración del Estado. La CE podrá haber derogado la Ley 44/1959, si se entiende que ésta es incompatible con el derecho a la libertad de empresa, pero la condición de proveedor preferente de la ENSB se sustenta también en un *contrato*, celebrado entre la Administración del

(31) En la obra de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y J. C. LAGUNA DE PAZ (coor.), *Contratación pública-II*, Madrid, 1997, págs. 227-230, se ofrece información acerca de la contratación del Ministerio de Defensa durante 1993. El 75 por 100 de esa contratación se refería a suministros, con un montante de más de 156.000 millones de pesetas. Allí se puede leer que «la contratación directa, que (...) representa un 86,93 por 100 del importe total adjudicado, tiene en el Ministerio de Defensa, además de los casos contemplados en la LCE y Decreto 1005/1974, normas especiales de aplicación para aquellos contratos que se celebran con la E. N. Bazán, E. N. Santa Bárbara, Servicio Militar de Construcciones y en aplicación del RD 1120/1977, etc.», lo que pone de manifiesto que la Administración entendía vigente la Ley 44/1959, aunque eludiera su aplicación en muchos casos.

(32) Destacan, en primer lugar, las sentencias de 4 de diciembre de 1974 (Ar. 5021) y 31 de enero de 1980 (Ar. 305), relativas al mismo asunto. Se trataba de una reclamación dirigida por la EN Bazán al entonces Ministerio de Marina, solicitando una compensación económica por el ejercicio del *ius variandi*. Las sentencias afirman que el contrato Marina-INI, relativo a esta empresa, es un verdadero contrato, por lo cual la reclamación de la empresa está sometida al plazo de prescripción de las acciones contractuales, y no al de un año. Las sentencias de 21 de noviembre de 1988 (Ar. 8942), 15 de julio de 1989 (Ar. 5386), 10 de febrero de 1990 (Ar. 2143) y 26 de diciembre de 1991 (Ar. 9226) se refieren a la aplicación de cláusulas penales en virtud de los citados contratos. En el trabajo «La empresa pública en el sector de la Defensa», cit., pág. 1115, M. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y M. M. FERNANDO PABLO ponen en duda que el contrato que unía al INI con el Ministerio de Defensa fuese un verdadero contrato, sosteniendo que «no es sino una forma de control sobre la gestión». Es cierto que, al regular la constitución y organización de la sociedad, el contrato regula, entre otras cosas, su control por la Administración matriz, aspecto éste que centra la atención de los autores citados, pero también establece concretas obligaciones para la Administración del Estado, como hemos visto. Por otro lado, la jurisprudencia así lo ha entendido, como acabamos de ver.

Estado y el INI y aprobado en virtud del RD 1766/1981, de conformidad con un procedimiento regulado en la propia Ley 44/1959. Es obvio que los contratos no pueden ser derogados porque no son normas, y en el ámbito administrativo se extinguen «por cumplimiento o por resolución» (art. 110 LCAP), no por derogación. La aprobación de una norma jurídica, o de la CE, son hechos exteriores al contrato que pueden influir en él, si alteran o eliminan la base del negocio. Las sentencias no dicen en parte alguna que la aprobación de la Constitución haya producido alguno de estos efectos. Pero, aunque así fuera, ello no habilitaría a una parte del contrato para ignorarlo, sino que sería preciso modificar el contrato o en su caso resolverlo, pero siempre *por mutuo acuerdo* y arreglando en ese acuerdo la liquidación del contrato y demás relaciones entre las partes.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TÉCNICA DE LA COLABORACIÓN PREFERENTE CON EMPRESAS PÚBLICAS: LA LEY COMO CAUCE ADECUADO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

Las recientes sentencias de 14 de octubre y 9 de diciembre de 1999 colocan el análisis jurídico de la colaboración preferente con empresas públicas en el plano que resulta obligado, el de la constitucionalidad de esta técnica, como indiqué ya en la introducción. Para ello es necesario antes argumentar por qué esta técnica puede ser inconstitucional (cosa que no se hace en dichas sentencias, como ya he indicado). Es decir, el camino correcto no es demostrar que la Ley 44/1959, u otras del mismo contenido, son conformes con la CE, sino más bien el contrario, esto es, buscar las posibles causas de inconstitucionalidad de la Ley y verificar si son reales o carecen de fundamento. Las Leyes se presumen ajustadas a la CE, y sólo se las puede declarar inconstitucionales «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» (art. 5.3 LOPJ) (33).

Pues bien: ¿cómo habría que interpretar la libertad de empresa para que la Ley 44/1959 resultase irremediabilmente opuesta a ella?

(33) El precepto transcrito dice que sólo en ese caso procederá el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pero lo cierto es que también la declaración de inconstitucionalidad está condicionada a la imposibilidad de interpretar la norma conforme a la CE, y esto es justamente lo que explica una norma como el artículo 5.3 LOPJ. Por todos, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983 (3.ª ed.), págs. 95 y ss., así como, ya con referencia al artículo 5.3 LOPJ, *Curso de Derecho Administrativo* (con T.-R. FERNÁNDEZ), vol. I, Madrid, 2000 (10.ª ed.), pág. 108.

¿Es obligada esa interpretación del artículo 38 CE? En primer lugar, hay que destacar que el reconocimiento a la ENSB de la condición de suministrador preferente de la Administración no impide a los particulares ejercer la concreta actividad empresarial de la fabricación de armamento y tampoco les impide ser contratistas de la Administración en este sector, pues la preferencia otorgada a la ENSB no es en modo alguno absoluta, como la realidad demuestra sobradamente.

Por otro lado, el establecimiento por la Administración de una estructura productiva dirigida a la fabricación de armamento no sólo no supone atentado alguno a la CE, sino que viene autorizado expresamente por su artículo 128.1.

Toda posible vulneración constitucional tendrá que derivar de la *desigual posición* en que la Ley 44/1959 coloca a la ENSB y a los empresarios privados del sector; al reconocer a la primera la condición de suministrador preferente de la Administración de Defensa. Aquí es donde habrá que centrar el examen de la supuesta inconstitucionalidad.

Múltiples autores han afirmado que, ante la necesidad de hacer compatibles la libertad de empresa (art. 38 CE) y la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2, inciso 1.º), hay que entender que la CE obliga a los poderes públicos a otorgar un trato igual a las empresas públicas y a las privadas (34). Lo contrario supondría una restricción inadmisibles de la libertad de empresa (35). Una igualdad que tampoco es absoluta, puesto que al binomio compuesto

(34) En rigor, debería hablarse de la igualdad entre las empresas públicas (personificaciones de las Administraciones Públicas que operan en el mercado) y *los empresarios privados* (individuales y sociales), puesto que son éstos quienes tienen capacidad jurídica y pueden ser titulares de derechos fundamentales.

(35) En este sentido, A. MENÉNDEZ, *Constitución*, cit., págs. 36-37; A. ROJO, *Actividad económica pública*, cit., págs. 321-325 («El Estado, cuando interviene en la economía a través de empresas públicas, está obligado a respetar las mismas reglas de conducta que los sujetos privados», pág. 323); A. ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Madrid, 1985, págs. 96 y ss. y 136 y ss. (con un amplio repaso de la doctrina); J. I. FONT GALÁN, *Notas*, cit., pág. 233, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Madrid, 1988, pág. 251. Ya antes de la aprobación de la CE defendieron este punto de vista autores como J. F. DUQUE, «Empresas nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el derecho español», en E. VERDERA Y TUELLS (ed.), *La empresa pública* (2 vols.), Bolonia, 1970, vol. I, págs. 907-931 (págs. 918-919), o J. L. MEILÁN GIL, «Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España», en la misma obra colectiva, vol. II, págs. 1197-1237 (págs. 1213-1216). G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *El modelo económico de la Constitución española* (2 vols.), Madrid, 1981, vol. II, págs. 11-231, defiende una tesis parcialmente distinta (págs. 91 y ss.). Para él, es falso que la iniciativa pública económica sea absolutamente libre siempre que se respete el principio de igualdad de trato con los particulares, ya que entiende que esa igualdad será siempre ficticia. Lo que pretende a partir de esta posición es exigir una especial justificación (en norma con rango de Ley) para que la Administración pueda ejercer actividades económicas.

por la libertad de empresa y la iniciativa económica pública hay que añadirle la potestad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales mediante Ley (art. 128.2, inciso 2.º), que permite excluir la gestión privada de determinados sectores (aunque no es incompatible con ella, puesto que puede darle cabida a través de fórmulas de gestión indirecta) (36).

Quienes han analizado el contenido de ese principio de igualdad entre las empresas públicas y las privadas lo han centrado en la igualdad *frente a terceros*. Es decir: igualdad en los elementos jurídico-públicos que condicionan el acceso y la posición de la empresa en el mercado, y que abarcan desde la tributación, la obtención de fuentes de financiación privilegiada, etc. (37). Pero en el caso de la Ley 44/1959 no estamos hablando de igualdad en este sentido, porque desde este punto de vista no se produce vulneración alguna del principio de igualdad o de paridad de trato. Si esto es así, lo que hay que preguntarse es si la Administración está obligada a satisfacer todas sus necesidades de bienes y servicios a través de las empresas privadas o puede utilizar sus propios medios productivos para cubrir esas necesidades. Ahí se encuentra el núcleo del problema de la ENSB y del reconocimiento a la misma de la condición de suministrador preferente: si la Administración, que dispone desde siempre de unos medios productivos en este sector (al principio organizados sin personalidad jurídica y después con forma de empresa pública), puede utilizarlos para adquirir sus suministros o está obligada a contratar con particulares o con quien presente la mejor oferta, ya sea un particular o su propia empresa.

Me parece evidente que este argumento, que es el único que permite fundar la inconstitucionalidad de la Ley 44/1959, va mucho más allá de la igualdad de trato entre empresas públicas y privadas. Lo que se pretende deducir de la CE es algo mucho menos neutro y mucho más ligado, por el contrario, a un modelo económico muy definido, como es *la regla del contratista interpuesto*, es decir, la prohibición de que el Estado lleve a cabo directamente actividades económicas en lugar de contratar con empresarios privados para obtener los bienes y servicios que necesita, algo que no hicieron ni siquiera los liberales decimonónicos, y eso que entonces ese principio sí informa-

(36) Sobre esta potestad pública, vid. A. ALONSO UREBA, *La empresa pública*, cit., págs. 154-167; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, cit., vol. I, págs. 251-258; G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», cit., págs. 101-104; A. ROJO, *Actividad económica pública*, cit., págs. 335-338; «Propiedad, libertad y empresa», en *La empresa en la Constitución española*, cit., págs. 103-135 (págs. 132-135); J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998, págs. 104-126.

(37) Como se puede comprobar en las obras de A. ROJO, A. ALONSO UREBA o G. ARIÑO citadas en la nota 35.

ba expresamente la normativa de contratación pública y, además, la participación del Estado en la actividad empresarial era prácticamente nula (38). Del examen de nuestra realidad constitucional se deduce más bien lo contrario.

Si la citada regla estuviera realmente incluida en la CE, las distintas Administraciones se verían abocadas prácticamente al cese de toda forma de gestión directa. La gama de servicios que las empresas privadas pueden llevar a cabo es amplísima, y cubre no sólo todo tipo de obras y suministros, sino también la gestión de buena parte de los servicios públicos (con el único límite del ejercicio de autoridad, que normalmente puede reducirse a un núcleo mínimo del correspondiente servicio). ¿Hay que entender que la Administración tiene que abrir todos esos campos a la iniciativa privada y a la concurrencia entre los oferentes privados y sus propios servicios burocráticos, so pena de vulnerar en otro caso la libertad de empresa? No cabe duda de que esa opción es perfectamente defendible en términos políticos y económicos, pero lo que resulta francamente difícil de aceptar es que la CE de 1978 *obligue* a los poderes públicos a ir por ese camino. Piénsese que, en ese caso, las Administraciones Públicas se verían sometidas, paradójicamente, a un nuevo *privilegio negativo*, el de tener que recurrir a la subcontratación o externalización siempre que fuese necesario o más económico, mientras que los grupos privados de empresas pueden optar siempre que lo deseen por contratar la cobertura de sus necesidades con otras empresas del mismo grupo (39).

Parece claro que la libertad de empresa no incluye, dentro de su contenido preceptivo, un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores, y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación a través del poder de compra de las Administraciones Públicas. Ese poder de compra es más bien un instrumento que las Administraciones pueden usar para conseguir determinados intereses públicos, pero no un objeto patrimonializado por los particulares. Continuamente se abren nuevos sectores o «nichos» del mercado

(38) Sobre el dogma del contratista interpuesto, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, núm. 10 de esta REVISTA (1953), págs. 241-281, en especial págs. 251-254; T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «La ejecución de obras por la Administración», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentarios*, cit., pág. 710; L. COSCULLUELA MONTANER, «El contrato de suministro», en la misma obra colectiva, pág. 803.

(39) Posibilidad ésta que se le reconoce incluso en los ámbitos en los que las empresas privadas están sometidas, por diversas razones, al Derecho comunitario de la contratación pública y no son libres a la hora de escoger el sujeto con el que contratan: artículos 133.2 LCAP y 7.2.g.i) de la Ley 48/1998, relativa a los procedimientos de contratación en los llamados sectores excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones).

a la iniciativa empresarial privada al compás de la evolución económica, tecnológica o incluso política (como podemos comprobar a diario), pero también se pueden cerrar por las mismas causas, sin que la CE garantice en modo alguno el mantenimiento de esos ámbitos, como es obvio.

Lo contrario, sobre carecer de apoyo normativo y suponer una interpretación abiertamente contraria a la *voluntas legislatoris*, llevaría necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad, en cadena, de buena parte de nuestro Derecho administrativo económico. Es necesario recordar que la LCAP admite con toda normalidad que la Administración se autoabastezca, siempre que «tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización del suministro, *en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución*» [art. 195.1.a) LCAP, aplicable al contrato de suministro, de idéntico sentido al 153.1.a), para el contrato de obras]. Obsérvese que el mecanismo es muy similar al previsto en la Ley 44/1959, con la particularidad de que se aplica a cualquier sector, y no sólo a uno tan específico como la industria de armamento (sectores éstos en los que el autoabastecimiento se admite aún con más amplitud, art. 195.3 LCAP). No se obliga a la Administración a justificar la superior calidad o las mejores condiciones de la fabricación propia frente a la contratación con particulares, sino que se le permite encargar directamente los suministros a sus propios servicios, sin que éstos tengan que competir con los empresarios privados. Y, sin embargo, nadie ha sostenido que esta forma de cubrir las necesidades de la Administración atente contra la libertad de empresa (40). De hecho, y con respecto al con-

(40) Alguien podría responder a este argumento diciendo que la norma que autoriza la ejecución de obras o suministros por la propia Administración sólo entra en juego cuando el centro o fábrica encargado del cumplimiento de la prestación no tiene una personalidad jurídica distinta de la Administración comitente. Por tanto, la Administración no podría adjudicar contratos a una empresa pública directamente, sino que debería tramitar el procedimiento licitatorio ordinario, tratando en igualdad de condiciones a la empresa pública y a los eventuales oferentes privados. Sin embargo, la doctrina más especializada (F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Madrid, 1996, pág. 88) ha observado convincentemente que «cuando la ley [se refiere a la LCAP] habla de esas fábricas o arsenales, se está refiriendo también a organismos autónomos de carácter comercial o industrial o incluso a sociedades mercantiles de capital íntegramente público, casos éstos en los que las distintas Administraciones Públicas, sin necesidad de recurrir a procedimiento licitatorio alguno, podrían encargar a una de estas personas jurídicas la fabricación de bienes muebles de interés para la Administración». El autor incluye aquí, en nota, «las relaciones entre el ministerio de Marina y la Empresa Nacional Bazán reguladas por un contrato aprobado por Decreto de 10 de septiembre de 1966 (reformado posteriormente en diversas ocasiones)». Como dice el autor irónicamente, de aceptarse la objeción que he planteado en esta nota, «podemos considerar superfluo este artículo 195 LCAP, una suerte de relleno, incluso una manifiesta inutilidad (...) porque en verdad que es ejercicio alambicado pensar que la Administración española pueda disponer a estas alturas de una organización de medios personales y reales o incluso de una fábrica vestida con el uniforme del simple órgano administrativo».

trato de servicios, la LCAP obliga a justificar por qué se acude a un contrato con particulares para satisfacer una determinada necesidad, en lugar de utilizar los propios servicios de la Administración o ampliarlos para permitirles cumplir esa función (art. 202.1).

Además, la igualdad de los empresarios en el mercado no es una regla aislada o que merezca en todo caso una prioridad absoluta frente a la consecución de cualesquiera otros intereses públicos, incluso reconocidos en la propia CE. Por el contrario, esa igualdad se excepciona continuamente a través de las subvenciones o ayudas públicas, a fin de conseguir por la vía del fomento muy distintos intereses públicos (así, se favorece a las empresas localizadas en ciertas zonas, o a las que se dedican a determinados ramos, o a las que emplean unos u otros dispositivos técnicos de producción, de disminución de residuos o de ahorro de energía, o a las que crean más puestos de trabajo, o a las que invierten en I+D, etc.). Es cierto que las ayudas públicas son compatibles formalmente con la paridad de trato entre empresas públicas y privadas, ya que las ayudas pueden dirigirse (y lo hacen en muchos casos) indistintamente a ambas clases de sujetos, pero también lo es que en muchas ocasiones el interés público que justifica la ayuda es justamente la conveniencia de mantener una iniciativa pública en un determinado sector económico (el audiovisual, por ejemplo), por lo que la subvención rompe necesariamente el equilibrio con los particulares.

El otorgamiento a una empresa pública de la condición de suministrador preferente es una *ayuda* indirecta que el Estado presta a dicha empresa (41). De hecho, una de las finalidades proclamadas expresamente por la Ley 44/1959 era justamente la de hacer viable económicamente la ENSB garantizándole un flujo estable de pedidos (42). Pues bien: si el otorgamiento de subvenciones es perfectamente compatible con la libertad de empresa, y de hecho las ayudas públicas son, cualitativa y cuantitativamente, uno de los principales instrumentos de política económica de que disponen los poderes públicos, a pesar de que evidentemente introducen una dosis de desigualdad entre los distintos empresarios que compiten en el mercado, ¿por qué es inconstitucional una Ley de 1959 que aplica ese mecanismo en un sector tan particular como el de la industria de ar-

(41) Vid., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1993, págs. 25-29. La definición de ayudas estatales que (siguiendo a A. BERCOVITZ) se da es lo suficientemente amplia: «cualquiera atribuciones de ventajas patrimoniales a favor de empresas determinadas, individualmente o de forma global, realizadas directa o indirectamente con cargo a fondos públicos en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado».

(42) Según se ha indicado *supra*, en la nota 21.

mamento? Al régimen jurídico de las empresas públicas de armamento se le podría exigir que justificase la desigualdad que introduce entre los distintos empresarios, como hacía la Ley 44/1959, pero no se puede partir de que ese régimen es, sin más, inconstitucional por el mero hecho de generar una disparidad de trato entre unos y otros, si no se quiere calificar también de inconstitucionales a todas las subvenciones y ayudas públicas (43).

Por otro lado, si el artículo 128.2 CE admite que mediante Ley se reserven al sector público recursos o servicios esenciales, ¿por qué es contraria a la CE una forma de intervención mucho menor, como es la atribución a una empresa pública, mediante Ley, de la condición de suministrador preferente (que no único) de la Administración en un sector tan relevante para los intereses públicos como el de armamento y material de guerra? En definitiva, y como ha reconocido unánimemente la doctrina, los artículos 38 y 128.1 CE diseñan un sistema económico dual, en el que junto a los empresarios privados pueden participar las empresas públicas si los poderes públicos lo estiman oportuno, y estando sometidas ambas clases de sujetos a un principio básico de *paridad de trato*. Sin embargo, el artículo 128.2 CE habilita al legislador para autorizar una intervención pública de más calado, que coloque a la «mano pública» en posición de superioridad en un determinado sector. Lo que sí exige la CE, lógicamente, es que sea el legislador quien actúe como vóvula reguladora del equilibrio entre la libertad de empresa y la atribución al sector público de posiciones preferentes, y también que justifique las limitaciones de la libertad de empresa a partir de intereses o principios constitucionalmente tutelados. Como estos parámetros se cumplen en el caso de las empresas públicas de armamento, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 44/1959 se revela carente de fundamento.

6. LA COMPATIBILIDAD DE ESTA TÉCNICA CON EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La posición del Derecho comunitario respecto a la técnica de la colaboración preferente es hoy tanto o más importante que el juicio

(43) Siguiendo este argumento sería fácil reducir al absurdo la tesis defendida por las sentencias de la Audiencia Nacional: así, no se comprendería muy bien la actitud de los empresarios de televisión privada que emprendieron hace años una batalla en el ámbito comunitario contra la llamada «doble financiación» de las cadenas públicas: ¿no les habría sido mucho más fácil obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas en que se basa dicha doble financiación, dada su contradicción con la libertad de empresa?

sobre su constitucionalidad. Es sabido que el Derecho comunitario protege la libertad de acceso de los empresarios a la contratación pública de forma mucho más intensa de lo que lo hace el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE. Si entendemos que la libertad de empresa incluye también el derecho de todo empresario a acceder, en condiciones de igualdad con otros empresarios privados o públicos, a los contratos de las Administraciones Públicas (que es el argumento subyacente a toda declaración de inconstitucionalidad de la técnica de la colaboración preferente), hay que concluir que el contenido garantizado por este derecho es muy inferior al de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, pues éstas han obligado ya a modificar el Derecho español de contratos públicos en dos ocasiones (1986 y 1995), debido a que la normativa nacional anterior, a la que nunca se opuso ninguna objeción desde el artículo 38 CE, no tutelaba los principios de igualdad, publicidad y concurrencia en el grado exigido por las normas comunitarias.

a) *La colaboración preferente con empresas públicas en el sector de defensa*

El Derecho comunitario, que, como hemos visto, es más exigente que la CE en lo relativo a la igualdad entre los distintos empresarios que aspiran a contratar con la Administración, no pone ninguna objeción a que, en el sector del armamento, cada Estado regule su contratación como considere más oportuno, incluyendo, entre otras posibilidades, el autoabastecimiento a través de una empresa pública.

El actual artículo 296.1.b) del Tratado CE, que corresponde al antiguo 223.1.b) en la nueva numeración introducida por el Tratado de Amsterdam en su artículo 12.1 y en el Anexo, dispone: «todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares». En cumplimiento de un mandato contenido en la primitiva redacción del artículo 223.2 del TCE, el Consejo aprobó la Decisión 255/58, de 31 de marzo, que es una relación de los objetos que se consideran incluidos en el ámbito de aplicación del antiguo artículo 223 y, por tanto, del actual 296. Esta Decisión se notificó a los Estados pero nunca ha sido publicada, y abarca toda clase de armas, explosivos y material de gue-

rra que fabrican empresas como la ENSB (44). Los contratos de suministro de objetos incluidos en esa relación no están sujetos a la Directiva 93/36/CE, de 14 de junio, sobre el contrato de suministro, como especifica su artículo 3. Por eso la LCAP, en su artículo 3.1.d) *in fine*, excluye de su ámbito de aplicación a «los convenios que sean consecuencia del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea» (45).

b) *La gestión directa de servicios públicos a través de empresas públicas*

Uno de los ámbitos en que resulta más frecuente la colaboración con empresas públicas (o, dicho de forma más directa, la actuación a través de empresas públicas instrumentales) es la gestión directa de servicios públicos o por medio de sociedades en mano pública (fórmula equiparada a la gestión directa por las Administraciones, como es sabido, por el art. 154.2 LCAP). También cabe detectar aquí un conflicto entre esa forma de actuación y la libertad de empresa, siempre que se considere que este derecho incluye la reserva al sector privado de las oportunidades de negocio deparadas por la cobertura de las necesidades de la Administración, o al menos el tratamiento en régimen de estricta igualdad de los oferentes públicos y los privados en cuanto a la adjudicación de tales contratos. Los servicios públicos que pueden ser objeto de gestión indirecta pueden ser prestados por particulares, y la decisión administrativa de gestionarlos directamente a través de una empresa pública supone reducir el mercado de los empresarios privados del sector y tratar a la empresa pública de forma privilegiada, puesto que se le encarga la prestación del servicio sin necesidad de competir con otros oferentes.

Ello no plantea, sin embargo, obstáculo alguno desde el punto de vista comunitario, al menos desde el ángulo de las normas sobre contratación pública, ya que las Directivas sobre contratos no regu-

(44) Sobre esta Decisión, vid. A. COLLARD, *Le régime*, cit., pág. 360. En la redacción original del Tratado, el apartado 2 del artículo 223 disponía: «Durante el primer año siguiente a la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, por unanimidad, establecerá la lista de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1». Esta fue la base jurídica de la Decisión 255/58. Al contrario que los Reglamentos, las Decisiones no deben publicarse, como indica el artículo 154.3 (antiguo 191.3).

(45) Comentando este precepto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha dicho, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, pág. 116, que «en este específico sector de la industria y el comercio de material bélico la LCA no es aplicable en ninguna de sus disposiciones, sin duda por razones de seguridad de la defensa». Vid. una completa exposición en J. A. SANTIAS VIADA, V. SANTAMARÍA DE PAREDES y C. LÓPEZ BLANCO, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Madrid, 1991, pág. 79.

lan las concesiones de servicio público (46). La Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, se refiere a los *contratos* de servicios (figura regulada en los arts. 197 y ss. LCAP), pero no a las *concesiones*, que equivalen, en la terminología comunitaria, a lo que la LCAP llama ahora contrato de gestión de servicios públicos, es decir, a aquellos convenios entre la Administración y otro sujeto en los que «el beneficiario del servicio es un tercero ajeno a la relación contractual, por regla general la colectividad, que recibe la prestación y paga una contraprestación por el servicio recibido» (47).

(46) Son de gran interés en este sentido las conclusiones del Abogado General A. LA PERGOLA en el asunto *BFI Holding*, resuelto por la sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998, al que me referiré a continuación en el texto. Las conclusiones están publicadas en el *Rec.* 1998, I-6824/I-6845, y a continuación la sentencia, págs. I-6846/I-6870. El asunto es del máximo interés para nosotros porque se trata de una cuestión prejudicial planteada en un proceso administrativo neerlandés que, a su vez, había sido promovido por una empresa del sector de la recogida de basuras (*BFI Holding*) contra dos Ayuntamientos de ese país (Arnhem y Rheden), a los que acusaba de haber vulnerado las Directivas sobre contratación al encomendar la prestación del correspondiente servicio a una empresa pública creada por ellos, sin concurrencia con empresarios particulares. Vid. un comentario a dicha sentencia en M. FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REALA», 279 (1999), págs. 25-34.

(47) El 8.º considerando de la Directiva dice que la misma «se refiere sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público; (...) quedan excluidas las prestaciones de servicios con arreglo a otros instrumentos jurídicos, como leyes, disposiciones administrativas o contratos laborales». En el § 26 de las conclusiones del Abogado General en el asunto *BFI Holding* se explica el sentido de esta disposición: «la exclusión a que se refiere el ya citado considerando tiene su razón de ser en la génesis de la propia Directiva sobre servicios. En el texto inicialmente propuesto por la Comisión, esta última estaba destinada a regular tanto los contratos públicos como las concesiones de servicios. Posteriormente, en el curso del procedimiento legislativo, el Consejo excluyó las concesiones del ámbito de aplicación de la Directiva, de modo que, en la versión que finalmente entró en vigor, ésta únicamente tiene por objeto los *contratos públicos* de servicios. Ahora bien, según opinión generalizada, a falta de una definición comunitaria específica que tenga valor normativo, en Derecho comunitario la distinción entre contratos públicos y concesiones se basa en un conjunto de criterios. El primero de ellos es el del destinatario o beneficiario del servicio prestado. En el caso de los contratos públicos, se considera que el beneficiario del servicio es la propia entidad adjudicadora, mientras que en el caso de la concesión el beneficiario del servicio es un tercero ajeno a la relación contractual, por regla general la colectividad, que recibe la prestación y paga una contraprestación por el servicio recibido. Asimismo, en Derecho comunitario la concesión de servicios exige que el servicio de que se trate revista interés general, de modo que su prestación competa institucionalmente a una autoridad pública. Así pues, el hecho de que quien preste el servicio sea un tercero entraña una subrogación subjetiva del concesionario en las obligaciones impuestas al concedente para garantizar la prestación del servicio a la colectividad. Otro elemento que caracteriza la concesión es el relativo a la retribución, que se recibe total o parcialmente con ocasión de la propia prestación del servicio que el concesionario efectúa a favor de los beneficiarios. Otro elemento destacado de la concesión de servicios en el ámbito comunitario está ligado al aspecto al que acabo de referirme, y consiste en el hecho de que el concesionario asume por sí mismo el riesgo económico derivado de la prestación y gestión de los servicios objeto de la concesión». Esta interpretación es confirmada, *a sensu contrario*, en la sentencia del TJCE sobre este caso, en la que se dice que «sin que sea necesario interpretar el concepto de concesión de servicio público, que no es objeto de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, basta con señalar que de la información aportada (...) se desprende que la retribución pagada a ARA [la empresa pública adjudicataria del servicio]

c) *La colaboración preferente con empresas públicas en los contratos de servicios*

La Directiva 92/50/CEE, que regula los contratos públicos de servicios, contiene una disposición favorable a la colaboración preferente con empresas públicas en su artículo 6:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra *b*) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

Por lo tanto, una Administración Pública o cualquiera de los entes sometidos a la normativa comunitaria sobre contratación pública puede adjudicar directamente un contrato de servicios a otra entidad distinta (como una empresa pública, o bien otra Administración o un consorcio o mancomunidad, etc.), sea o no un ente instrumental suyo, siempre que ese ente adjudicatario del contrato sea de los que están sometidos a la normativa comunitaria sobre contratación pública, y siempre que, además, esa exclusiva sea conforme con el Derecho comunitario desde otros puntos de vista. Entiendo que este precepto da cobertura, en Derecho español, a todos los supuestos de encomienda de gestión a los que se refiere el artículo 15 LAP y también a la encomienda de servicios a empresas públicas (si se entiende que estas últimas no están incluidas en el concepto de «entidades» que emplea el artículo 15 LAP). En definitiva, aquí nos encontramos con una cadena contractual: una Administración que adjudica un contrato de servicios a otro ente «público» en sentido amplio, y este ente que a su vez celebra contratos, como cualquier otro sujeto, para cubrir sus distintas necesidades. El Derecho comunitario da a entender que, siempre que los contratos de ese último eslabón queden sometidos a sus normas, es indiferente que la Administración adjudique directamente, es decir, sin competencia, los comprendidos en el eslabón intermedio (48).

consiste únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio» (§ 25), de donde el Tribunal deduce la aplicabilidad al caso de la Directiva 92/50.

(48) Esto parece obvio, pero lo cierto es que supone una reducción efectiva de la competencia y una restricción del mercado para los empresarios privados del sector. Así, por ejemplo, una empresa que se dedica al asesoramiento en un determinado ámbito ve li-

Puede ser conveniente destacar que el artículo 6, que estamos estudiando, pone de manifiesto la excesiva estrechez del ámbito de aplicación de la LCAP. Una empresa pública (es decir, un ente jurídico-privado en mano pública) queda excluida *ab initio* de dicho ámbito (puesto que el artículo 1, apartados 1 y 2, se refiere únicamente a entes de Derecho público), y sometida únicamente a la admonición de la Disposición Adicional 6.^a. Ahora bien: para la Directiva, la calificación formal de un ente como de Derecho público o privado es indiferente, puesto que, según el artículo 1.b), «se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil». Por tanto, lo decisivo es la finalidad para la que se haya creado dicho ente. Según se desprende del fallo de la sentencia *BFI Holding*, un ente privado en mano pública está sometido a las Directivas sobre contratación pública cuando haya sido creado para satisfacer ese tipo de necesidades, aunque esta clase de actividad sólo represente una parte de su actuación global, y entendiéndose además el concepto de necesidades de interés general en sentido amplio, que no excluye actividades «que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas». Esta puntualización al artículo 1.3 LCAP no tiene, normalmente, otra consecuencia que la posibilidad de que la Comisión inicie un procedimiento de infracción si entiende que una empresa pública debe someter su contratación al Derecho comunitario. Pero en el caso de la colaboración preferente con empresas públicas la importancia es mayor, ya que sólo podrán beneficiarse de la exención prevista en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE aquellas empresas públicas que se sometan al Derecho comunitario de la contratación pública.

d) *La adjudicación de obras o el encargo de suministros a empresas públicas*

En las Directivas reguladoras de los demás contratos, es decir, la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre el contrato de suministro, y la Directiva 93/37/CEE, de la misma fecha, sobre el contrato de obras, no encontramos un precepto similar al que se acaba de analizar. La colaboración preferente con empresas públicas carece, por tanto, de un apoyo normativo, como acaba de recordar

mitado su campo de actuación si una Administración o varias constituyen una empresa para cubrir sus necesidades en esa materia, y ese perjuicio no resulta compensado en absoluto por el hecho de que la empresa pública de asesoramiento tenga que someterse a las Directivas a la hora de adquirir material de oficina o encargar un edificio para su sede.

el TJCE en una sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto *Tec-kal*) (49).

Pero cabe entender que los contratos que una Administración celebra con sus propias empresas instrumentales están excluidos *ab initio* de la aplicación de las Directivas porque dichas empresas no son un «tercero» en sentido estricto, y por lo tanto la preferencia reconocida a las mismas para contratar con su respectiva Administración no se opone en absoluto a las citadas Directivas, desde el momento en que las Directivas obligan a las Administraciones a respetar los principios de publicidad y concurrencia al contratar, pero no pretenden obligarlas a contratar los bienes y servicios que pueden obtener por sí mismas. Es la posición que hemos visto defendida en Derecho español al interpretar los conceptos de «ejecución de obras por la propia Administración» y «fabricación de bienes muebles por parte de la Administración».

La cuestión se ha planteado en el reciente asunto *Teckal*. Aunque el TJCE rechazó esta posible exención a las Directivas en el caso concreto (lo que era lógico, dado que se trataba de una empresa de una *mancomunidad* que contrataba con uno solo de los municipios que la formaban), dejó una puerta abierta a esta tesis (§§ 50-51):

«A este respecto, conforme al artículo 1, letra *a*), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. *Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.*

Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/36 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial,

(49) El planteamiento es muy similar al del asunto *BFI Holding*. Una empresa privada dedicada, en este caso, a la prestación de servicios de mantenimiento de calefacciones y suministro de combustible, impugnó ante la jurisdicción administrativa italiana un convenio celebrado entre el Ayuntamiento de Viano (Italia) y un ente llamado AGAC (*Azienda Gas-Acqua Consorziale*), que en la legislación italiana de régimen local entonces aplicable (Ley 142/1990, artículos 23 y 25) tenía la consideración de entidad empresarial de una mancomunidad de municipios, convenio cuyo objeto era justamente la prestación del servicio de mantenimiento de calefacción y el suministro de combustible. El punto más discutido en la sentencia era si el convenio podía beneficiarse de la exención del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, dada su naturaleza mixta (suministro y servicios), pero el TJCE aplicó la Directiva de suministros al ser mayor la cuantía de éstos que la del servicio (art. 2 de la Directiva 92/50).

proyecta celebrar por escrito, *con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio*, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.»

Tomando esta afirmación jurisprudencial *a sensu contrario*, resulta un campo muy amplio para la colaboración preferente con empresas públicas. Si esta colaboración exige que la Administración matriz pueda contratar con dichas empresas de forma directa, sin concurrencia de terceros, el TJCE acaba de subordinar esta posibilidad a dos condiciones: capacidad de control por parte de la Administración matriz (lo que excluye la autonomía decisoria de la empresa) y dedicación esencial de la empresa al servicio de la Administración matriz. La primera condición se da siempre en el caso de las empresas públicas del Derecho español, y la segunda en buena parte de ellas, y desde luego en casos como el de la ENSB.

Esta misma tesis había sido ya defendida recientemente por el Abogado General LA PERGOLA en las conclusiones del asunto *BFI Holding*, basándose en la dependencia de la sociedad en mano pública respecto al ente matriz, en que es éste el que asume verdaderamente el riesgo económico de la operación, en que la empresa carece en realidad de intereses propios opuestos a los de la Administración y en que la decisión de una Administración de constituir una parte de sus servicios con forma societaria y dirigir su actuación a través de convenios es sólo una técnica organizativa y no tiene en realidad nada que ver con la contratación pública en sentido estricto (50). Por razones procesales, el TJCE no se pronunció sobre este punto en la sentencia, pero no cabe duda de que los argumentos del Abogado General son de gran fuerza y explican probablemente por qué la Comisión, que vigila la transposición de las Directivas a los Derechos internos de los Estados miembros a fin de iniciar, en su caso, proce-

(50) En los §§ 34-38 de sus Conclusiones, el Abogado General razona por qué entiende que la relación entre los Ayuntamientos y su empresa pública (llamada ARA) no constituía un contrato a efectos de las Directivas comunitarias y, por tanto, las Administraciones implicadas no estaban obligadas a abrir un procedimiento concurrencial para la selección del contratista. «ARA, pese a estar constituida como una sociedad de capital, no es tampoco sustancialmente ajena a la estructura organizativa de los Ayuntamientos. (...) la elección de un modelo de organización por parte de una Administración pública no permite la aplicación de normas destinadas a regular una situación muy diferente, como es la de la prestación, contra una retribución, de un servicio a una autoridad pública por parte de un particular. (...) el organismo ARA no tiene "carácter de tercero", es decir, no se diferencia sustancialmente con respecto a los dos Ayuntamientos. (...) la relación existente entre los Ayuntamientos y ARA no puede considerarse un contrato público a efectos de la Directiva».

dimientos por infracción, ha admitido sin ningún problema que la LCAP permita a la Administración ejecutar por sí misma las obras y suministros que necesite, sin contratar con particulares (51).

7. LA POSICIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA RESPECTO AL OTORGAMIENTO A EMPRESAS PÚBLICAS DE LA CONDICIÓN DE SUMINISTRADOR PREFERENTE

El reconocimiento a una empresa pública de la condición de suministrador o colaborador preferente de una Administración Pública podría suponer un atentado contra la libre competencia, en cuanto la coloca en una clara posición de ventaja respecto a otras empresas del sector. Sin embargo, veremos a continuación que esta técnica no se opone en realidad a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y ha sido admitida expresamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

Otorgar preferencia a una empresa pública (por ejemplo, la ENSB) para la adjudicación de determinados contratos puede considerarse una conducta incluida en el artículo 1.1.d) LDC, y por tanto prohibida y nula de pleno derecho (52). Con independencia de esta primera colisión con el Derecho de la competencia, hay que tener en cuenta que la empresa pública favorecida pasa a disfrutar (si se respeta efectivamente su condición de colaborador preferente, lo que no era el caso, como hemos visto, de la ENSB) de una posición de dominio en el mercado. Si la empresa en cuestión abusase de esa posición de dominio, realizando alguna de las conductas prohibidas

(51) El distinto ámbito de los pronunciamientos del TJCE respecto a las conclusiones del Abogado General se debe a la redacción de las cuestiones por parte del Tribunal neerlandés. Éste dio por supuesto que la relación que unía a los Ayuntamientos con la empresa pública ARA era un contrato público a efectos de las Directivas (cosa ciertamente dudosa, pues todo parece indicar, por el modo en que la empresa recibe su remuneración, que se trataba de un contrato de gestión de servicios en forma de concesión) y se planteó como única posible justificación para su adjudicación directa a dicha empresa pública la prevista en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, a la que ya me he referido, es decir, la posibilidad de que una Administración adjudique un contrato a otro ente de los sometidos a las Directivas. El Tribunal *a quo* preguntaba, por tanto, si la sociedad municipal ARA estaba sometida a las Directivas, es decir, si era un ente de Derecho público constituido para llevar a cabo funciones de interés general que no sean de carácter industrial o mercantil. El TJCE se limita a contestar a esas preguntas, mientras el Abogado General estudia el caso en su conjunto y llega a la conclusión de que el Tribunal neerlandés lo enfocó incorrectamente porque, al no haber ningún contrato público, no es necesario estudiar si se dan los presupuestos del artículo 6.

(52) El citado precepto prohíbe y sanciona con la nulidad radical a toda decisión que consista en «[l]a aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros».

por el artículo 6, se produciría una nueva vulneración de la LDC, si bien este supuesto es puramente hipotético por lo que respecta a las empresas de armamento y podemos prescindir de su análisis en este momento.

Ahora bien: esa prohibición la establece una Ley (la LDC), y por tanto no afecta a conductas que, aun ajustándose al supuesto de hecho de dicha norma, estén amparadas por otras normas del mismo rango que sean posteriores a la LDC o que, por su especialidad, deban entenderse como no derogadas por ella (53). La LDC no sólo reconoce expresamente este hecho, sino que, al menos en su actual redacción, admite también que determinados reglamentos autoricen conductas opuestas a sus preceptos (54). El artículo 2, modificado por la Ley 52/1999, de 28 de octubre, dispone:

«Conductas autorizadas por Ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, para que

(53) La única forma de escapar a este juicio sería entender que la LDC tiene encomendada en exclusiva la función de tutelar la competencia en el mercado, como un auténtico estatuto de este valor jurídico, con la consecuencia de que sólo serían admisibles aquellas restricciones de la competencia recogidas expresamente en dicha Ley. Esta tesis no ha sido sostenida por nadie entre nosotros, entre otras cosas porque viene contradicha, como veremos a continuación en el texto, por el propio artículo 2 de la LDC. Además, para ello sería necesario que la CE encomendara una determinada función a la LDC, como ocurre con la LOTC o incluso la Ley de Bases de Régimen Local, pero no con esta Ley.

(54) Como dice L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, 1995, pág. 400, «la previsión del artículo 2 de la LDC deriva de que (...) la defensa de la competencia no constituye un absoluto. El propio sistema dispone ya sus propias correcciones a fin de evitar que la protección de la competencia se imponga en todo caso, de modo que no puedan ser atendidas otras circunstancias o perseguidos otros objetivos».

adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con normas legales» (55).

Por lo tanto, en la medida en que el reconocimiento a una empresa pública de ventajas en orden a la contratación con una Administración se lleve a cabo mediante una norma con rango de Ley o con base en una Ley, no se encontrará con ningún obstáculo desde la perspectiva del Derecho de la competencia. El TDC no sólo lo ha reconocido así, sino que, en supuestos en los que la reserva del mercado a una empresa pública se basaba en meros reglamentos o convenios, ha subsumido esa colaboración preferente en la fórmula del autoabastecimiento o ejecución de obras por la propia Administración, regulada en la LCAP y por tanto beneficiaria de la exención del artículo 2 LDC. Con ello, ha asumido la tesis amplia en relación con la ejecución de obras por la Administración, incluso en supuestos en que la Administración que contrata (sin concurrencia de terceros) con una empresa pública no es su Administración matriz, sino una distinta.

En su resolución del 30 de diciembre de 1993 relativa al asunto SEPIVA (una empresa pública de la Comunidad Valenciana que, con base en un simple Decreto, prestaba en posición de ventaja sobre sus competidoras privadas el servicio de ITV en dicha comunidad), el TDC entendió que, pese a que la posición de dominio de dicha empresa no se debía a su éxito en la concurrencia con los particulares, sino a «la voluntad de la Consellería de que las actividades de ITV sean realizadas, fundamentalmente, por una empresa pública de la propia Generalitat», dicha situación no era contraria al Derecho de la competencia al venir amparada por normas jurídicas sobre cuya validez no podía pronunciarse el TDC (56).

Aún más claro en este sentido es el asunto TRAGSA, sobre el que

(55) Desde 1996 se asiste a progresivos retoques del artículo 2 que no parecen demasiado efectivos. El 2.º párrafo del apartado 1, que se limita a explicitar una consecuencia clara de lo dispuesto en el párrafo anterior, fue añadido por el artículo 15.1 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. A su vez, la Ley 52/1999 ha dado una nueva redacción a todo el artículo 2, cuya única novedad (relativa) estriba en que se suprime la referencia a los reglamentos como posibles títulos legitimadores de conductas contrarias a la libre competencia. De todas formas, el régimen de la reserva de Ley y de la colaboración reglamentaria con el legislador es el que es en nuestro sistema constitucional, sin que esta modificación aporte novedades esenciales. Ni antes era admisible, en principio, que un simple reglamento reservara una parcela del mercado a una empresa pública, ni ahora van a establecerse por Ley todos los detalles de una operación de tal naturaleza.

(56) La resolución está publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda» (BOMEH), 1994, págs. 1209-1215.

han recaído seis resoluciones del TDC, de diferentes ponentes pero coincidentes en sus razonamientos (57). TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria, S.A.) es una empresa pública dependiente del Ministerio de Agricultura, cuya misión es prestar apoyo técnico y realizar obras y servicios (58). Las Comunidades Autónomas han continuado contando con sus servicios tras asumir las competencias en esta materia, haciéndole encargos directamente (sin concurrencia de terceros) en el marco o con base en convenios de colaboración celebrados con el Ministerio de Agricultura. El TDC desestimó las denuncias presentadas por empresarios privados de estos sectores, entendiendo que «cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones Públicas (...), la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas por este Tribunal porque tienen amparo legal» (resolución TRAGSA 6).

Por lo tanto, el TDC parte de una interpretación amplia de la categoría «ejecución de obras por la propia Administración», utilizada por la LCAP, interpretación amplia que incluye la contratación con empresas públicas mediante adjudicación directa. Además, entiende que la LCAP autoriza esas prácticas de colaboración con empresas públicas y es un fundamento normativo suficiente para ellas, a los efectos del artículo 2 LDC.

8. RECAPITULACIÓN. LA COLABORACIÓN PREFERENTE CON EMPRESAS PÚBLICAS EN EL CONJUNTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

A la vista de la Ley 50/1998, que deroga el entramado normativo que venía sustentando el régimen especial de las empresas públicas de armamento, podría parecer que las cuestiones suscitadas por el régimen jurídico de las empresas públicas de armamento han perdido todo su interés. Es innegable que, incluso si el Tribunal Supremo

(57) Se trata de las resoluciones de 30 de diciembre de 1997 («BOMEH», 1994, págs. 1283-1287), 26 de enero de 1998 («BOMEH», 1998, págs. 1572-1574), 28 de enero de 1998 («BOMEH», 1998, págs. 1574-1576), 13 de marzo de 1998 («BOMEH», 1998, págs. 2309-2312), 30 de marzo de 1998 («BOMEH», 1998, págs. 2393-2397) y 30 de abril de 1998 («BOMEH», 1998, págs. 2668-2672), que numeraré correlativamente cuando las cite en el texto.

(58) De los propios antecedentes de las resoluciones del TDC se desprende que la constitución de la sociedad fue autorizada por el RD 379/1977, modificado después por los RR.DD. 1173/1977, 424/1984 y 1422/1985, y se la menciona en la estructura orgánica del Ministerio, regulada últimamente por el RD 1890/1996.

casa las sentencias de la Audiencia Nacional y anula las adjudicaciones impugnadas por haber vulnerado la Ley 44/1959, el régimen de colaboración entre el Ministerio de Defensa y dichas empresas ha sido suprimido.

Sin embargo, el juicio sobre la constitucionalidad de la técnica de la colaboración preferente con empresas públicas sigue siendo relevante, no sólo porque contribuye a aclarar en un aspecto concreto cuál es el abanico de opciones a disposición de los poderes públicos en la instrumentación de su política económica y tecnológica, sino también porque esa técnica se utiliza actualmente en distintos campos, que se verían afectados si se consolida ese juicio de inconstitucionalidad. Entender que la CE impone aplicar la regla del contratista interpuesto y que prohíbe que, incluso mediante Ley, se atribuya a una empresa pública la condición de contratista preferente de la Administración, ni siquiera en sectores en los que cabe detectar intereses públicos de especial entidad, es realmente incompatible con esa apertura a distintas opciones políticas que siempre se ha visto como una de las características más destacadas del modelo económico constitucional. De ahí la conveniencia no sólo de llamar la atención sobre una doctrina jurisprudencial de graves consecuencias y que tal vez se ha formulado de una forma tan radical y tan poco meditada precisamente por ignorar que su alcance va más allá de un caso (el de las empresas públicas de armamento) prácticamente liquidado por la Ley 50/1998, sino de que el Tribunal Supremo rectifique esta tesis y aclare un aspecto muy importante del modelo económico constitucional.

Hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho administrativo sectorial encontramos múltiples supuestos en los cuales una empresa pública o semipública, u otras personificaciones similares, gozan de la condición de contratante o colaborador preferente de determinadas Administraciones, quedando exentas de competir con los particulares. Es el caso de las sociedades urbanísticas, a las que las Administraciones pueden encomendar directamente la realización de obras de infraestructura y urbanizaciones (art. 115 del TRLS de 1976 y RD 1169/1978, de 2 de mayo, supletorios de la legislación autonómica), a pesar de que esa actividad la podrían llevar a cabo también particulares, por lo que su encargo a una sociedad urbanística supone una reducción del mercado y también (según ciertas tesis, como hemos visto) de la libertad de empresa (59). O las sociedades públi-

(59) Sobre el régimen de estas sociedades, vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *Las sociedades urbanísticas: problemas jurídicos*, «Revista Jurídica de Asturias», 15 (1992), págs. 163-177. Aunque la actividad urbanizadora puede ser asumida sin problema alguno por empresarios privados, habilitados para ello previamente por la Administración, ésta puede optar

cas, normalmente municipales, a las que se encomienda directamente, sin competencia con empresarios particulares, la gestión directa de servicios públicos (art. 154.2 LCAP). La gestión directa de los servicios públicos a través de sociedades de Derecho privado que pertenezcan exclusiva o mayoritariamente a la Administración titular del servicio significa, desde el punto de vista económico, convertir a esas sociedades en contratistas privilegiadas de las Administraciones, puesto que asumen, sin necesidad de competir con los particulares, tareas que éstos pueden realizar perfectamente y de hecho realizan cuando el servicio se gestiona de manera indirecta. Tampoco aquí se ha visto hasta ahora ningún atentado a la libertad de empresa.

Pero es que, además, la evolución de las técnicas de gestión administrativa está llevando a fórmulas que quedarían colocadas bajo sospecha si se aceptase una visión de la libertad de empresa que incluyera la regla del contratista interpuesto. Las Administraciones tienden a encomendar a terceros la ejecución de obras públicas, en lugar de impulsarla directamente, como se venía haciendo hasta ahora. Y a la hora de seleccionar a ese tercero, que muchas veces es un ente de Derecho privado, no tramitan un procedimiento licitatorio, sino que crean un ente instrumental (a veces, insisto, con forma de personificación privada) y le adjudican directamente el encargo, regulándolo en un convenio: así se articulan jurídicamente las relaciones de la Administración con las sociedades en mano pública a las que puede encomendar la construcción de obras públicas o con el Gestor de Infraestructuras (GIF) (60). El nuevo artículo 115.7 de la Ley de Aguas (introducido por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre) dispone que «las Comunidades de Usuarios y las Juntas Centrales podrán ser beneficiarios directos, *sin concurrencia*, de concesiones de construcción y/o explotación de las obras hidráulicas que les afecten».

por encomendar directamente esa tarea a su propia sociedad urbanística, sin que ésta tenga que superar para ello un procedimiento licitatorio en competencia con esos eventuales empresarios privados.

(60) Por lo que respecta al GIF, y prescindiendo de las aplicaciones previas de esta técnica en la legislación autonómica, hay que tener en cuenta los artículos 160-161 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y su estatuto aprobado por el RD 613/1997, de 25 de abril. En el artículo 158 de la Ley 13/1996 se prevé la posibilidad de que la Administración constituya sociedades, es decir, entes de Derecho privado, y les encomiende la construcción de obras públicas, articulando esos encargos mediante convenios con las citadas sociedades, una técnica que están utilizando también las Confederaciones Hidrográficas para la ejecución de obras hidráulicas. Es claro que esta forma de actuación supone crear unos entes a los que se dota de la condición de contratista privilegiado de las Administraciones Públicas, puesto que nada impediría a éstas, una vez que se asume la posibilidad de encomendar a un tercero la construcción de la infraestructura, hacer ese encargo a particulares. Hasta ahora se ha aceptado que la Ley puede habilitar a la Administración para llevar a cabo esas operaciones, que puede entenderse que no encajarían directamente en el marco de la LCAP. ¿Van a plantearse a partir de ahora problemas de constitucionalidad?

Es evidente que la Constitución no ha producido el efecto de proscribir la utilización de esta clase de técnicas, obligando a las Administraciones a tratar a sus propias empresas públicas en régimen de estricta igualdad con los particulares. El reconocimiento de relaciones privilegiadas entre la Administración matriz y sus empresas es algo inherente a un modelo constitucional que admite la existencia del sector público, la participación de los poderes públicos en la actividad económica y su capacidad para gestionar directamente los servicios públicos. Esas relaciones privilegiadas tienen, naturalmente, sus requisitos y sus límites, pero nada avala un planteamiento de radical exclusión en nombre de la libertad de empresa.

En definitiva, me parece que la afirmación de que la proclamación de la libertad de empresa en el artículo 38 CE significa una reserva incondicionada al sector privado de cuantas oportunidades de contratación o negocio surjan en la actuación administrativa, de tal modo que resulta inconstitucional toda norma que reserve alguna de esas oportunidades para la gestión directa por parte de la Administración, por sí o a través de una sociedad en mano pública, carece de fundamento y además obligaría, de ser correcta, a modificar o derogar no sólo normas más o menos obsoletas, sino múltiples regímenes jurídicos introducidos en los últimos años para la articulación de diversas políticas sectoriales.

Se trata, en definitiva, de una cuestión de interpretación constitucional. No parece razonable defender un originalismo a ultranza, pero tampoco lo contrario. Poco podían imaginar los constituyentes de 1978, que tanta confianza pusieron en la planificación económica, incluida la de carácter general (arts. 38, 131, 149.1.13^a), que a los veinte años se iba a extraer de la CE nada menos que la garantía de la regla del contratista interpuesto. Ello sería tanto como suponer que la evolución de la *mens legis* ha sido en este campo tan rápida que ha *aggiornato* nuestra Constitución hasta colocarla en el primer plano de la actualidad, pues se descubren en ella, como estamos viendo, contenidos de la más estricta ortodoxia liberal, lo que, paradójicamente, nos situaría por delante incluso de aquellos Estados que discuten ahora la conveniencia de incorporar a sus constituciones la prohibición del déficit público.

JURISPRUDENCIA

